



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación 32-2018-00530-01

Bogotá D.C., septiembre quince (15) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: LUZ PATRICIA ORBEGOZO JIMÉNEZ.

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA. .**

ASUNTO : APELACIÓN PORVENIR / CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32° Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de Junio de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 133 a 135), así como Colpensiones (folio 146 a 148) y Porvenir SA (141 a 143) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 10 de junio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES:

El(la) señor(a) LUZ PATRICIA ORBEGOZO JIMÉNEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES ,y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1 a 36 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad o invalidez del traslado efectuado, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad AFP Porvenir el 3 AGOSTO de 2001- por no brindarle información veraz.
- Que se condene a Colpensiones a afiliar al demandante en el RPM, y recibir los aportes.
- Que se condene a la AFP Porvenir SA. a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados, bonos pensionales y rendimientos.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 42 a 65), la AFP PORVENIR SA (fls.77 a 108), de acuerdo al auto visible a folios 113. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El JUZGADO 32 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 25 de junio de 2019, declaró nulo o ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAI administrado por AFP Porvenir el 3 de agosto de 2001, declarando como aseguradora del demandante a Colpensiones. Condeno a AFP Porvenir SA devolver la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos financieros, junto con los gastos de administración a Colpensiones; impuso costas a porvenir.

Apela Porvenir SA: Que claramente al firmar el formulario pre impreso, y la carta pre impresa que le hicieron también firmar (folio 106), da plena prueba de la información veraz que se le dio, pues allí manifestó claramente que era consciente que perdía al régimen de transición.

Procede la sala a resolver la apelación, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) LUZ PATRICIA ORBEGOZO JIMENEZ. el día 3 de Agosto 2001 ; **2-**. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 3 de agosto de 2001 (fl. 106).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 de septiembre 9 de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los

derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandado en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 42 a 65), la AFP PORVENIR SA (fls. 77 a 108, solo adjuntan como pruebas: Colpensiones la historia laboral y el expediente administrativo; Porvenir SA: El formato de solicitud de afiliación en 2001, historia de vinculaciones del SIAFP válido para bono, Certificado de afiliación a porvenir, relación de movimientos y aportes, y edicto emplazatorio del El Tiempo.

En decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 3 de agosto de 2001, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión siquiera igual a la que tendría en el RPM, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante

la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Así mismo, ha de resaltar que el Fondo privado tampoco le explicó a la demandante que, al tener al momento de trasladarse 646 semanas cotizadas (fl. 105) y 38 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1956), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad (El traslado se efectuó con anterioridad a la Ley 797 de 2003) en el año 2013, (tenía más de 1.000 semanas – fl. 10), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, menos aseverar que al firmar una carta pre impresa, que incluso le hacen colocar le firma en donde aparece pre impreso el nombre, es muestra que se le dio la suficiente información sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen, como equivocadamente lo asegura Porvenir en su apelación.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Finalmente, en cuanto a la apelación de Porvenir SA se encuentra totalmente infundada, pues argumentar que por haber firmado un carta presentada por ellos en la que manifestaba que era consciente de perder el régimen de transición, no llena la exigencia legal de brindar la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, es más, está regulada en la misma ley 100/93, y debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo. Ahora, las demás argumentaciones, como la prescripción, y devolución de gastos de administración, no son relevantes, dado el resultado de la alzada al confirmarse la ineficacia del traslado.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas, contrario a lo afirmado en su apelación.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 3 de noviembre de 2001, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

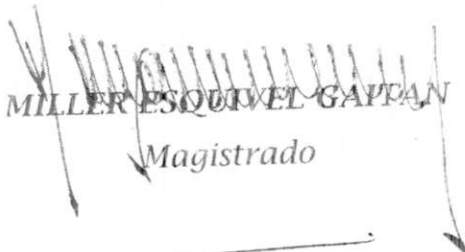
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de junio de 2019 por el Juzgado 32° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 110013105013220180053001)


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Salvamento de Voto Parcial
(Rad. 110013105032201800530011)


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

(Rad. 11001310503220180053001)


LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310503220180053001)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 31-2019-00253-01

Bogotá D.C., septiembre quince (15) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **LUIS EDUARDO SUAREZ CANO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA**
ASUNTO: **PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 31° Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de julio de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La apoderada de la parte demandada COLPENSIONES SA (folios 150-157), presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **LUIS EDUARDO SUAREZ CANO** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 6 a 8 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

- La nulidad de la vinculación del señor **LUIS EDUARDO SUAREZ CANO** al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Porvenir SA.
- Que la AFP Porvenir SA debe ordenar el traslado del señor **LUIS EDUARDO SUAREZ CANO** del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.
- Que la AFP Porvenir SA debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional del señor **LUIS EDUARDO SUAREZ CANO**.
- Que la AFP Porvenir SA debe reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales del señor **LUIS EDUARDO SUAREZ CANO**.

- Que Colpensiones debe aceptar la vinculación del señor LUIS EDUARDO SUAREZ CANO en el régimen de prima media con prestación definida, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
- Que Colpensiones, como consecuencia de la nulidad, debe aceptar al señor LUIS EDUARDO SUAREZ CANO en el sistema de prima media con prestación definida como si nunca hubiera existido algún traslado de régimen pensional.
- A Porvenir SA, deberá reconocer la suma de 50 salario mínimos de que trata el artículo 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional del señor LUIS EDUARDO SUAREZ CANO.
- Costas procesales.

Condenatorias:

- A Porvenir SA a aceptar la nulidad de la vinculación del señor LUIS EDUARDO SUAREZ CANO al régimen de ahorro individual con solidaridad pensional.
- A Porvenir SA ordenar el retorno del señor LUIS EDUARDO SUAREZ CANO del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.
- A Porvenir Sa a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional del señor LUIS EDUARDO SUAREZ CANO.
- A Porvenir SA a reembolsar de forma integral los costos y gastos de administración descontados de los aportes pensionales del señor LUIS EDUARDO SUAREZ CANO.
- A Colpensiones a aceptar el retorno del señor LUIS EDUARDO SUAREZ CANO al régimen de prima media con prestación definida, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
- A Colpensiones, como consecuencia de la nulidad, a aceptar al señor LUIS EDUARDO SUAREZ CANO en el sistema de prima media con prestación definida como si nunca hubiere existido un traslado de régimen pensional.
- A Porvenir SA a reconocer y pagar la suma de 50 salarios mínimos de que trata el artículo 13 literal b y 371 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional del señor LUIS EDUARDO SUAREZ CANO.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 41 a 66) y PORVENIR SA (fls. 72 a 118), de acuerdo al auto visible a folio 119. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 31° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 3 de julio de 2019, **Absolvió** de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante LUIS EDUARDO SUAREZ CANO, a las demandadas Porvenir SA y Colpensiones. **Costas** a cargo del demandante, incluyendo la suma equivalente a medio SMLMV.

La **parte demandante** apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que si bien se enuncia el artículo 1746 y 1741 del Código Civil y el 1741 que disponen que en la nulidad absoluta y relativa deben existir un objeto y causa lícita, lo cierto es que es los jueces están en la obligación de exigirles a las AFP el deber de información que le brindaron a sus afiliados al sistema pensional, a fin de que éstos pudiesen adoptar una decisión consiente y realmente libre, lo que trae consigo implicaciones en su futuro pensional, y desde luego, con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria de asesoría y del buen consejo, siendo verdaderamente importante evaluar el cumplimiento del deber de información, de acuerdo con el momento histórico en el que debía cumplirse, sin perder de vista desde un inicio que ha existido ésta exigencia de información, sin que sea posible acoger la tesis que la mera firma del formulario es la aceptación del objeto y la causa lícita, sabiendo que se ha dicho que los

formularios de vinculaciones son una plantilla impresa, trayendo a colación la sentencia SL4964 de 2008, que adoctrina la Corte Suprema que no se trata únicamente de completar un formulario, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, máxime si se tiene en cuenta que el formulario de vinculación carece de un diligenciamiento eficaz, por lo que aún mas sería nula dicha afiliación. Por otro lado, ha de resaltar que de conformidad con el material probatorio, se puede acreditar que desde hace más de 5 años, el actor ha manifestado su intención de regresar al régimen de prima media, sin que se haya invertido la carga de la prueba a las AFP demandadas para que acrediten la debida asesoría al demandante al momento de su traslado.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) LUIS EDUARDO SUAREZ CANO el día 19 de abril de 1999 con efectividad a partir del 1º de agosto de 1999; **2-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 19 de abril de 1999, con efectividad a partir del 1 de junio de 1999 (fl.94).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994 Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y

voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 41 a 66) y PORVENIR SA (fls. 72 a 118). Colpensiones: aportó el expediente administrativo. Porvenir SA aportó: formato de vinculación (1999), copia de cédula de ciudadanía del demandante, historia de vinculaciones del SIAFP, relación de aportes, sábana de bono pensional, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 19 de abril de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Janeth Leguizamón (fl. 91), no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Así mismo, ha de resaltar que el Fondo privado tampoco le explicó al demandante que, al tener en el momento de trasladarse 739 semanas cotizadas (fl. 66) y 39 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1955), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 60 años de edad (El traslado se efectuó con anterioridad a la Ley 797 de 2003) en el año 2015 (tendría más de 1.000 semanas – fl. 96 a 108), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal,

trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** el fallo proferido en primera instancia, para en su lugar, **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 19 de abril de 1999, y en consecuencia condenar a Porvenir SA a la *devolución* a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso por los gastos de administración en que hubiere incurrido; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a *aceptar* dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

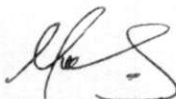
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida el 3 de julio de 2019 por el Juzgado 31° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 19 de abril de 1999, y en consecuencia condenar a Porvenir SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso por los gastos de administración en que hubiere incurrido; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

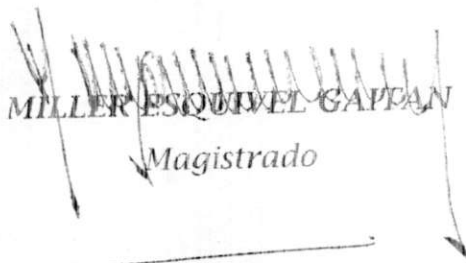
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310503120170025301)



LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310503120170025301)



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

(Rad. 11001310503120170025301)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 29-2018-00064-01

Bogotá D.C., septiembre quince (15) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: ALBA MYRIAM PINILLA MADRID
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN SA
AFP PORVENIR SA
ASUNTO : APELACIÓN PROTECCIÓN SA Y PORVENIR SA // CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Protección SA y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de agosto de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 221), así como Colpensiones (folio 222 a 225) y Porvenir SA (folios 235 a 238) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 18 de junio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **ALBA MYRIAM PINILLA MADRID** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP

PORVENIR SA y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 63 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

- Declarar la nulidad de la afiliación en pensión realizada por la demandante al RAIS a través de la vinculación que realizó en la AFP Horizonte SA hoy fusionada a Porvenir SA, el 18 de enero de 1999, a consecuencia de la falta de información que debía brindar la administradora a la actora, lo que generó un error de hecho que vició su consentimiento.
- Declarar la nulidad de traslado en pensión realizada por la demandante al RAIS a través de la vinculación que realizó a Protección SA el 1 de septiembre de 2010 a consecuencia de la falta de información que debía brindar la administradora a la actora, lo que generó un error de hecho que vició su consentimiento.

Condenas:

- A Protección SA para que traslade a Colpensiones la totalidad de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos que hubiere lugar.
- A Colpensiones para que active la afiliación en pensión de la demandante.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: Protección SA (fls. 109 a 127), Colpensiones (fls. 133 a 137) y Porvenir SA (fls 167 a 187), de acuerdo al auto visible a folio 144 y 188. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

EL JUZGADO 29° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 4 de agosto de 2019, Declaró la ineficacia de la afiliación de Alba Myriam Pinilla Madrid realizada inicialmente por la demandada AFP PORVENIR SA (antes Horizonte SA), efectiva a partir del 1 de febrero de 1999. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a la demandada AFP Protección SA devolver a COLPENSIONES los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Ordenó a Colpensiones recibir de Protección SA, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. Ordenó a Porvenir SA (antes Horizonte SA) a devolver a Colpensiones los gastos de administración por el tiempo que estuvo vinculada la demandante a esa entidad. Sin condena en costas.

Porvenir SA apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que al momento de dar aplicación al deber de información, considera que se está accediendo al principio de legalidad, en el momento en que se efectúa el acto jurídico de afiliación, es decir, para el año 1998 en que se realiza el traslado de régimen, trayendo a colación la sentencia No. 1452 de 2019, frente a ese análisis particular que se debe realizar en cada caso en concreto, y en el presente asunto, la demandante se trasladó inicialmente a Horizonte y con posterioridad a Porvenir, y luego se traslada a Protección y de conformidad con las reglas de acción civil de la nulidad de afiliación, debe entenderse saneada esa nulidad frente a una ratificación, no solamente de pertenecer al RAIS, sino frente a la misma administradora que realizó el traslado. En relación a los gastos de administración, se estaría desconociendo la afiliación de la demandante en el RAIS, lo cierto es que se realizó dicho descuento por cuanto estaba legitimada para hacerlo para la cobertura de contingencias, por lo que se le está ordenando a la demandada a declarar una nulidad de traslado y al mismo tiempos una devolución de gastos de administrativos, propios del RAIS, generando no solo un detrimento patrimonial, sino un enriquecimiento sin justa causa de la demandante, cuando no hubiese sido generado dada la nulidad del traslado, pues su permanencia sería continua en el ISS hoy Colpensiones.

Por su parte, **Protección SA** apeló la sentencia, en lo que tiene que ver con los gastos de administración, establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, toda vez que si durante todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada a Protección SA, se le administraron los recursos que la actora consignaba en su cuenta de ahorro individual, gestión que realizó con la mayor diligencia y cuidado, pues Protección es una entidad experta en inversión y manejo de recurso de propiedad de sus afiliados, con fundamento en el artículo 1746 del CC que establece los efectos de la declaratoria de nulidad. En consecuencia, si el efecto de la ineficacia o nulidad de la afiliación, en estricto sentido es entender que la afiliación nunca existió, por ende, Protección nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, y como consecuencia, nunca se causaron dichos rendimientos, por lo que tampoco se debe cobrar una comisión de administración, por lo que estaríamos frente a un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de la demandada, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada.

Procede la sala a resolver la apelación, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE SA efectuado por el (la) señor (a) **ALBA MYRIAM PINILLA MADRID** el día 1 de diciembre de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE SA, el 1 de diciembre de 1998, efectivo a partir del 1 de febrero de 1999, posteriormente solicitó trasladarse el 22 de marzo de 2000 a la AFP Porvenir, efectivo a partir del 1 de mayo de 2000, luego se trasladó el 30 de marzo de 2001 a la AFP HORIZONTE SA, efectivo a partir del 1 de mayo de 2001 y finalmente, solicitó trasladarse el 1 de septiembre de 2010 a la AFP PROTECCIÓN SA, con efectividad a partir del 1 de noviembre de 2010 (fls. 119).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y

oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Protección SA (fls. 109 a 127), Colpensiones (fls. 133 a 137) y Porvenir SA (fls 167 a 187). Protección SA: aportó formato de solicitud de afiliación a la AFP Protección SA en el año 2010, historia de vinculaciones del SIAFP, simulador pensional ASPEN de fecha 2 de septiembre de 2010, carta de validación de asesoría del año 8 de septiembre de 2010, historia laboral. Colpensiones: expediente administrativo en medio magnético. Porvenir SA: certificación, historia laboral, historia de vinculaciones del SIAFP, formato de vinculación a la AFP Horizonte SA del 26 de junio de 2001, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 de diciembre de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Así mismo, ha de resaltar que el Fondo privado tampoco le explicó a la demandante que, al tener en el momento de trasladarse 239,57 semanas cotizadas (fl. 124) y 34 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1960), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad (El traslado se efectuó con posterioridad a la Ley 100 de 1993) en el año 2017 (tenía más de 1.000 semanas – fl. 124), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo Protección SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE de COLPENSIONES a la AFP HORIZONTE SA el 1 de diciembre de 1998, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

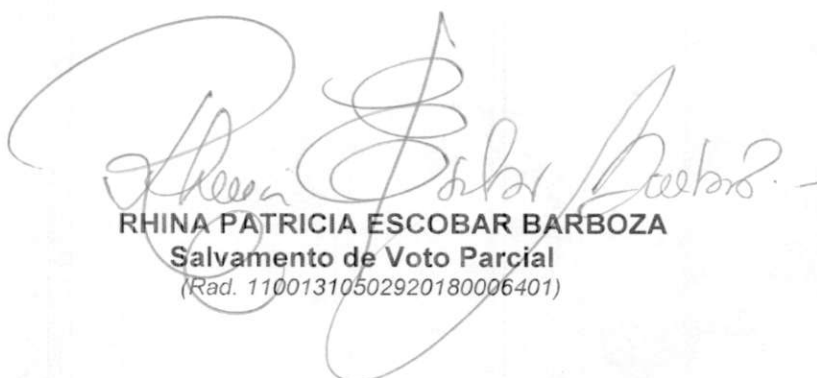
RESUELVE

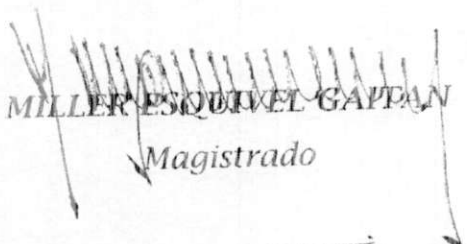
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de agosto de 2019 por el Juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

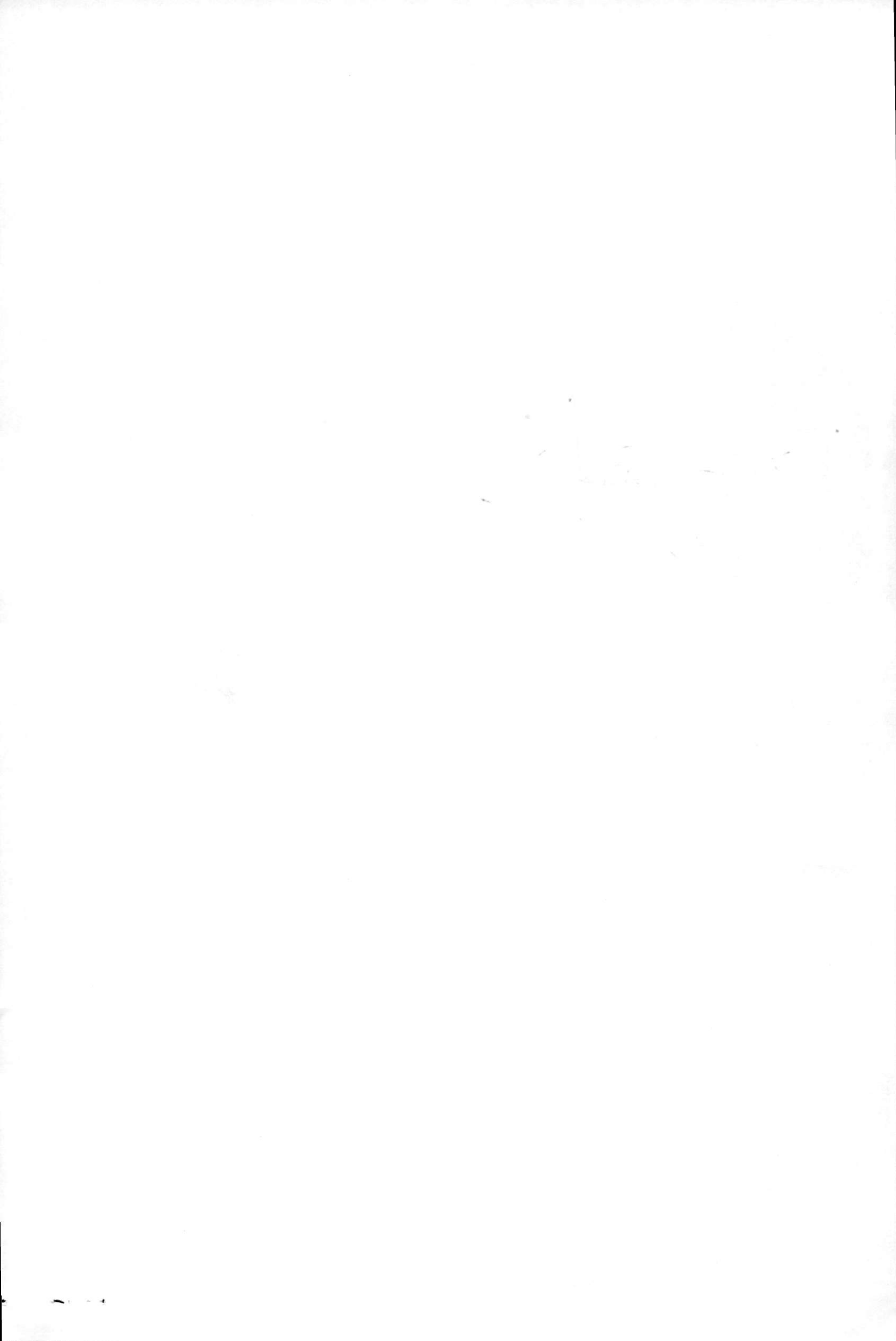
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 110013105012920180006401)


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Salvamento de Voto Parcial
(Rad. 11001310502920180006401)


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado
(Rad. 11001310502920180006401)


LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310502920180006401)





REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 10-2018-00440-01

Bogotá D.C., septiembre quince (15) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: LUZ ÁNGELA DE LA TORRE SÁNCHEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN SA
AFP PORVENIR SA
AFP COLFONDOS SA
AFP OLD MUTUAL SA
ASUNTO : APELACIÓN PORVENIR SA, PROTECCIÓN SA, COLFONDOS SA
Y OLD MUTUAL SA // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (PORVENIR SA, PROTECCIÓN SA, COLFONDOS SA Y OLD MUTUAL SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de julio de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de las demandadas Colpensiones (folio 335 a 336) y Porvenir SA (folios 331 a 334) presentaron de forma oportuna alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 18 de junio de 2020 notificado por estado no. 73 del 23 de junio de 2020 y de forma extemporánea por el apoderado de la parte demandante (fls. 348 a 350) por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **LUZ ÁNGELA DE LA TORRE SÁNCHEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN SA, AFP PORVENIR SA, AFP COLFONDOS SA y AFP OLD MUTUAL SA, debidamente sustentada como aparece a folios 128 y 129 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

- La existencia de un vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación a la demandante a cargo de la AFP Colfondos SA.
- La nulidad de traslado que efectuó la demandante, mediante la cual se afilió al régimen de ahorro individual a cargo de Colfondos SA.

- Que para efectos pensionales, la demandante continúa afiliada en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.
- Que para efectos pensionales, la AFP COLFONDOS SA realice la devolución de los aportes cotizados por la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.
- Que Colpensiones reciba en calidad de afiliada a la demandante, ya que es la encargada de administrar el régimen de prima media con prestación definida.

Condenatorias:

- A la AFP Colfondos SA, a efectuar nula o invalida el acta o formulario de afiliación que suscribió la demandante, mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- A Colpensiones a recibir en calidad de afiliado a la demandante.
- A Old Mutual SA a realizar la devolución de los aportes hechos por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a Colpensiones, quien hoy administra el régimen de prima media con prestación definida.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls. 158 a 164), Porvenir SA (fls. 169 a 184), Protección SA (fls. 193 a 214), Old Mutual SA (fls. 228 a 273) y Colfondos SA (fls. 274 a 305), de acuerdo al auto visible a folio 216, 299 y 307 Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 10° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 25 de julio de 2019. Declaró la nulidad de la vinculación de la demandante Luz Ángela de La Torre Sánchez a la Sociedad Colfondos SA Pensiones y Cesantías y por ende, su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, que realizó mediante suscripción de la afiliación del 2 de septiembre de 1997, y en consecuencia, declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al RAIS, como si no hubiese existido y se ordena el regreso inmediato a la vinculación sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Ordenó a Colpensiones a recibir y restablecer la afiliación de la demandante señora Luz Ángela de La Torre Sánchez al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad. Condenó a Old Mutual SA a hacer entrega a Colpensiones, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si los hubiere recibido, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, y devolución de cuotas y gastos de administración, dicha devolución deberá realizarse a Colpensiones en el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, con los documentos correspondientes para establecer por parte de Colpensiones que las cotizaciones, rendimientos y devoluciones de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia. Condenó a la AFP Protección SA, Porvenir SA, Colfondos SA a hacer entrega a Colpensiones, todos los valores descontados a la demandante por concepto de cuotas y gastos de administración, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, dicha devolución deberá realizarse en el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, con los documentos correspondientes para establecer por parte de Colpensiones que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuota y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia. Condenó a Colpensiones a recibir y restablecer la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, y que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual provenientes de las aquí demandadas, deberá realizar la revisión en los términos

establecidos en esta sentencia, así mismo debe de forma inmediata imputar y actualizar las semanas cotizadas en el RAIS en la historia laboral de la demandante para pensión en el régimen de prima media con prestación definida. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las aquí demandadas. Costas a cargo de la demandada Colfondos SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$800.000.

Colfondos Sa y Protección apelaron el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, la cual regula el cobro de comisiones, toda vez que se administran recursos público y privados destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, más aun, cuando el mismo hecho de permanecer en el RAIS le permite a la demandante obtener un rendimiento, respecto de los dineros que había cotizado en su cuenta de ahorro individual.

A su vez, **Porvenir SA** apeló el fallo solicitando se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se absuelva a Porvenir SA de todas las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que, si bien se indica en el fallo judicial que no se acreditó la información brindada a la demandante acerca de las ventajas y desventajas del traslado, lo cierto es que no se saben cuáles son esas desventajas que se debió prever a la demandante al momento del traslado. Igualmente, hay que tener en cuenta que las sentencias traídas a colación por el Juez de primera instancia tratan de casos particulares, y el sustento fáctico son diferentes al caso que hoy nos ocupa, en tanto que la sentencia 31389 de 2008, se indica que se engaña también por omisión, sin embargo en el presente caso, se indica que no se le brindó ninguna información. Ahora, se trae a colación que de acuerdo con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, dicho deber de información se infiere de la Ley 100 de 1993, sin embargo, la demandante se encuentra inicialmente afiliada a una Caja, y a partir del año 1995 quedó afiliada al extinto ISS, que igualmente se le debe exigir el deber de información.

Por otro lado, se hace alusión al artículo 167 del Código General del Proceso, en el sentido de que las afirmaciones negativas no son objeto de prueba, y que son la parte contraria quien debe demostrarlo, si finalmente los hechos notorios no se prueban, resaltando que la Ley 100 de 1993 debe considerarse como un hecho notorio, al ser de conocimiento público.

Ahora, si bien se señala que la firma del formulario no es suficiente para demostrar el consentimiento de la afiliada, lo cierto es que debe revisarse en contexto con el restante material probatorio allegado al presente proceso.

En relación a la excepción de prescripción, debe indicarse que la demandante suscribió formulario de afiliación el 17 de diciembre de 2000, sin embargo, solicitó retornar al régimen de prima media en el año 2010, cuando contaba con 49 años de edad, y con posterioridad, hasta el año 2018 presentó la acción procesal, por lo que han pasado más de 8 años para interponer la misma.

Finalmente, resalta que a la demandante no se le ha negado el derecho a la seguridad social, por lo que no se puede concatenar de manera imprescriptible, dado que es el derecho al acceso a una pensión que se cataloga como tal, y no en todo momento, sino cuando el afiliado alcanza el status de pensionado, por lo que ha de resaltar que a la demandante no se le está negando su derecho pensional, sino que por el contrario, su inconformidad se basa en el monto de la mesada pensional, lo que se puede catalogar como un derecho económico, precisando que los factores económicos prescriben.

De manera subsidiaria Solicito se revoque el numeral 4° en lo que tiene que ver que Porvenir devuelva los gastos de administración en el sentido de que de acuerdo con el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y el artículo séptimo modificado por el artículo 7° de la ley

797 del 2003, dichos gastos de administración cumplieron una finalidad Y estos mismos son cobrados tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual, lo que quiere decir que, no lo hace de manera caprichosa solamente la aseguradora.

Finalmente, **Old Mutual** apeló el fallo indicando que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, toda vez que no se encuentran contempladas en las arcas de la entidad, en atención que en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el porcentaje de comisión se destina una parte a cubrir las pólizas de cubrimiento de invalidez y muerte, y otra parte específicamente, a cubrir los gastos de administración propiamente dichos, de ahí que no se encuentran en las arcas de la demandada, pues ya fueron debidamente canceladas a las aseguradoras. Por otro lado, considera que la demandante omite información y claridad respecto de la asesoría que se le brindó al momento del traslado al régimen de ahorro individual, pues se contradice con las afirmaciones efectuadas en el libelo demandatorio. Además, como quedó sentado, la vinculación inicial de la actora a la AFP Colfondos en el año 1997, se dio de manera libre y voluntaria, entonces resulta ser incongruente la afirmación que no se le brindó asesoría alguna al momento del traslado inicial, respecto de las ventajas y desventajas del RAIS, quedando ratificada su vinculación al RAIS, pues permaneció por más de 20 años afiliada a este régimen, incluso en 6 fondos diferentes, con lo que ratifica su ánimo de permanencia de manera contundente al RAIS.

Procede la sala a resolver la apelación, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS SA efectuado por el (la) señor (a) **LUZ ÁNGELA DE LA TORRE SÁNCHEZ** el día 2 de septiembre de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Colfondos SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos SA, el 2 de septiembre de 1997, efectiva a partir del 1 de noviembre de 1997, posteriormente solicitó trasladarse el 11 de septiembre de 2000 a la AFP ING, efectiva a partir del 1 de noviembre de 2000, luego el 16 de septiembre de 2002 solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA, efectiva a partir del 1 de noviembre de 2002, posteriormente, solicitó trasladarse el 28 de octubre de 2014 a la AFP Old Mutual SA, efectiva a partir del 1 de diciembre de 2014, y finalmente, solicitó trasladarse el 26 de agosto de 2015 a la AFP Colfondos SA, efectiva a partir del 1 octubre de 2015 (fls. 295).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados,

a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10° del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones (fls. 158 a 164), Porvenir SA (fls. 169 a 184), Protección SA (fls. 193 a 214), Old Mutual SA (fls. 228 a 273) y Colfondos SA (fls. 274 a 305). Colpensiones: aportó en medio magnético expediente administrativo del demandante. Porvenir SA: aportó certificación, formato de solicitud de afiliación a la AFP Porvenir SA, historia de vinculaciones del SIAFP, historia laboral, comunicados de prensa. Protección SA: aportó historia de vinculaciones del SIAFP, formato de solicitud de afiliación a la AFP Santander, respuesta derecho de petición, constancia de traslado de aportes. Old Mutual SA aportó: formato de solicitud de afiliación a la AFP Old Mutual SA, historia laboral consolidada, respuesta a derecho de petición. Colfondos SA aportó: formato de solicitud de afiliación a la AFP Colfondos SA, historia de vinculaciones del SIAFP, certificación de afiliación, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 2 de septiembre de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Ernesto Gómez (fl. 294), no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al

juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo Colfondos SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE de COLPENSIONES a la AFP Colfondos SA el 2 de septiembre de 1997, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

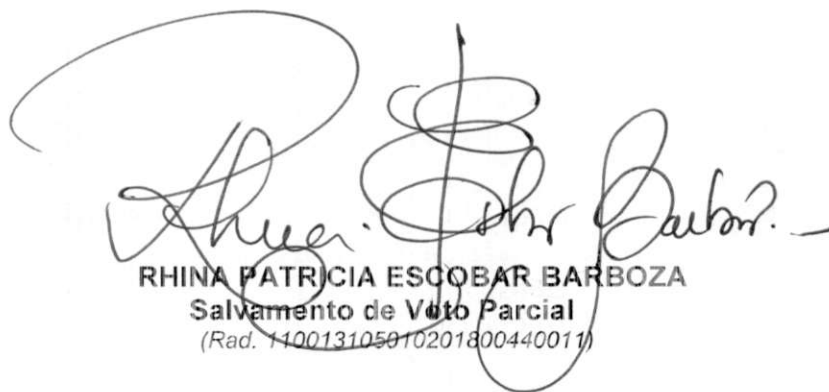
PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de julio de 2019 por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

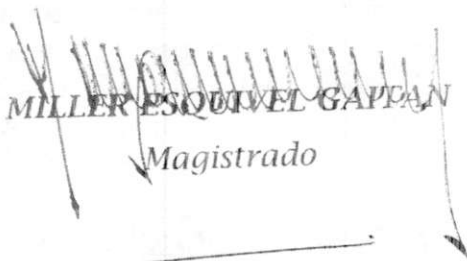
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 110013105011020180044001)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Salvamento de Voto Parcial
(Rad. 110013105010201800440011)



MILLER ESCOBAL GALDAN
Magistrado

(Rad. 110013105010201800440011)



LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310501020180044001)