



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 35-2019-00293-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: CLAUDIA PATRICIA DIAZ CARRILLO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES Y PORVENIR SA) // CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandada (Colpensiones y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35º Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de agosto de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 22), así como la demandada Porvenir SA (fls. 13 a 20) y Colpensiones (fls. 4 a 8) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 08 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) CLAUDIA PATRICIA DIAZ CARRILLO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. La nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen realizado por la señora CLAUDIA PATRICIA DIAZ CARRILLO al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la afiliación realizada a la AFP Porvenir SA, por el incumplimiento de los deberes legales de información y deber de asesoría a la demandante, los cuales generaron un error de hecho que vició su consentimiento.
2. Que la señora CLAUDIA PATRICIA DIAZ CARRILLO, se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

CONDENATORIAS:

1. Ordenar a la AFP Porvenir SA a registrar en el sistema de información que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad de la señora CLAUDIA PATRICIA DIAZ CARRILLO, estuvo viciada de nulidad, por el incumplimiento de los deberes legales de información.
2. A la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos e intereses a que haya lugar.
3. A Colpensiones, a activar la afiliación en pensión de la señora CLAUDIA PATRICIA DIAZ CARRILLO, como si nunca se hubiere trasladado de régimen.
4. A Colpensiones a actualizar en la historia laboral de la señora CLAUDIA PATRICIA DIAZ CARRILLO, las cotizaciones efectuadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.
5. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 59 a 72) y PORVENIR SA (fls. 109 a 138 y 146 a 172), de acuerdo al auto visible a folios 143 y del 19 de agosto de 2020. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 35° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 25 de agosto de 2020, **DECLARÓ INEFICAZ** el traslado efectuado por la señora CLAUDIA PATRICIA DIAZ CARRILLO al régimen de ahorro individual con solidaridad con Porvenir SA, y como consecuencia de ello, ordenó a la mentada AFP, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos. **ORDENÓ** a la AFP PORVENIR SA asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de la financiación de la pensión, por el pago de las mesadas o por los gastos de administración. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a volver a afiliar a la demandante CLAUDIA PATRICIA DIAZ CARRILLO al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la AFP Porvenir SA. **COSTAS** a cargo de la AFP Porvenir SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (Porvenir SA) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la AFP Porvenir SA, teniendo en cuenta que el Despacho señala que opera el fenómeno de la ineficacia del traslado por falta de información, sin embargo no es procedente que el Juzgado genere éste tipo de condena, en razón al salvamento de voto del Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán en sentencia de tutela Rad. 5912 de 2020, no puede accederse de manera indiscriminada todas las pretensiones de nulidad de traslado, con fundamento en la falta de información alegada, tal y como lo ha tratado en diferentes sentencias de la Corte Suprema de Justicia, y no se puede generalizar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si esta próximo o no a pensionarse, dada que la violación al deber de información

se predica frente a la validez del acto jurídicos considerado en sí mismo, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, no se puede hacer de manera masiva, sin estudiar la solicitud, se estaría creando un sistema legal que no fue constituido por el ordenamiento jurídico. Destaca que no es procedente declarar la nulidad de traslado, por cuanto la norma prevé de manera expresa que esta declaratoria cuando existan actos que impidan la afiliación del trabajador, es decir, cuando se hagan actos con dolo, que tiene que ser probado por la parte demandante y en todo el proceso no se evidencia eso, y en este caso, por parte de Porvenir SA en ningún momento se quiso generar un perjuicio en contra de la demandante, por el contrario, los formulario de afiliación fueron firmados de manera libre y voluntaria, debido a ello, conforme la Ley 797 de 2003 en su Art. 2 establece que al momento de realizar el traslado por parte de la demandante, se encontraba inmersa en la prohibición legal, razón por la cual tampoco procede el traslado de la actora, de acuerdo con el Decreto 2555 de 2010, establece los deberes que tienen los consumidores financieros en fondo de pensiones, en este punto, debe adecuar una adecuado cuidado al momento de tomar su decisión, como la afiliación del traslado entre administradoras, por lo que no resulta dable que alegue una falta de conocimiento sabiendo que también es su obligación mantenerse al tanto de su afiliación.

2. **PAGO CON EL PATRIMONIO DE PORVENIR:** Con esta orden se evidencia un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, porque lo que se debe traslado en este caso, son los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, mas no dinero propio de Porvenir.
3. **EXCEPCIONES DE BUENA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y PRESCRIPCIÓN:** Indica que dentro del presente proceso se deben probar éstas excepciones propuestas por la demandada.

La parte demandada (Colpensiones) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que el Juzgado fundamenta parte de su decisión en el artículo 1504 del CC, pero desconoce otras normas del mismo estatuto que establecer correlativamente indicaciones, respecto de la

demandante, así pues en lo que atañe al vínculo de la afiliación es claro que la afiliación a cualquiera de los dos regímenes es un acuerdo de voluntades que se convierte en un contrato, el cual tiene características en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se convierte en libre y voluntaria, bilateral, por cuanto se establece obligaciones recíprocas, las cuales las consagra el Decreto 2241 de 2010, el cual establece el estatuto del consumidor financiero del Sistema General de Pensiones, y tal y como lo menciona el mencionado decreto, la demandante ha guardado silencio por más de 20 años, esto significa una conformidad al permanecer en el RAIS, adicionalmente, debe tenerse en cuenta que aceptar el retorno de la demandante al RPM se estaría contribuyendo con la descapitalización del sistema pensional, reiterando que en sentencia C 1024 de 2010 y SU 062 de 2015, la Corte Constitucional en materia de traslado manifestó que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos de los otros afiliados, la declaratoria de ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema y pone en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, esto para cumplir con la perspectiva social, se estaría afectando, pues personas que no han contribuido al sistema se vean beneficiaria, alegando el desconocimiento de la norma, recuerda que la demandante no es una persona totalmente desconocedora del sistema de pensiones, ha trabajado en el Ministerio del Interior, ha tenido cargos administrativos y en los cuales no puede alegar el desconocimiento de la norma o que la engañaron, recordemos que no se probó la nulidad, lo que es el contrato de afiliación, no tiene vicios, no hay forma de acreditar que a la demandante se le engaño, tal y como lo menciona.

No obstante la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver 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 JURIDICO:

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) CLAUDIA PATRICIA DIAZ CARRILLO el día 10 de diciembre de 1998; 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, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 10 de diciembre de 1998 (fl. 150).

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 de 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 las decenas de 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.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: expediente administrativo de la demandante. PORVENIR SA aportó: formulario de vinculación (1998 y 2915), comunicados de prensa, respuestas a derechos de petición presentados por la demandante, simulador de pensión del 27 de noviembre de 2018, sabana de bono pensional.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 10 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 una pensión siquiera igual a la del ISS, 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, 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.

Claramente para el momento del traslado 31 de mayo de 2000, el demandante tenía 388 semanas (fl. 15), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 6 de octubre de 1965 – fl. 52) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, podría pensionarse en el RPM, toda vez que actualmente tiene más de 1,322 semanas – fl. 15, 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, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

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, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

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, determinando 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, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, 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 **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL**

TRASLADO que realizó la señora CLAUDIA PATRICIA DIAZ CARRILLO del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 10 de diciembre de 1998.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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 DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes COLPENSIONES y PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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 agosto de 2020 por el Juzgado 35º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES y PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes; que se incluirán en la

liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

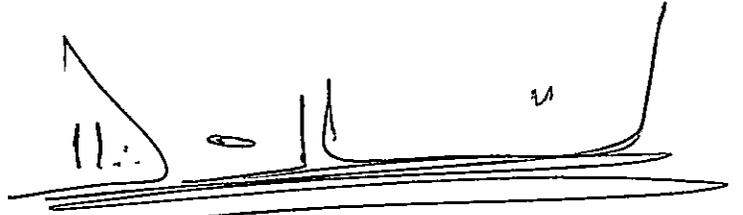
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503520190029301)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503520190029301)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503520190029301)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 35-2019-00067-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: RITO ANTONIO GONZALEZ DIAZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35º Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de abril de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada Porvenir SA (fls. 5 a 8), así como Colpensiones (fls. 10 13, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 08 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) RITO ANTONIO GONZALEZ DIAZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 5 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar la ineficacia y nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual por parte del actor.
2. Declarar que el actor tiene derecho a regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 48 a 56) y PROTECCIÓN SA (fls. 83 a 89), de acuerdo al auto visible a folios 110 y 111. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 35° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 25 de abril de 2020, **ABSOLVIÓ** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante RITO ANTONIO GONZALEZ DIAZ. **COSTAS** a cargo de la parte demandante RITO ANTONIO GONZALEZ DIAS, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$50.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se accedan a las pretensiones, teniendo en cuenta que la AFP Protección SA no logró acreditar en el transcurso del proceso, si le otorgó al demandante o no la debida asesoría respecto del traslado de Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, estando la carga de prueba en cabeza del fondo privado, toda vez que es obligación de la AFP brindar la debida información financiera y como lo muestra en el expediente, tal situación no fue probada. Así mismo, indica que en todas las etapas del proceso, nunca se le brindó la información de las ventajas y desventajas que tenía el afiliado y que pasaría con sus aportes en el Régimen de ahorro individual, máxime si se tiene en cuenta que los aportes del actor se encuentra en riesgo dada

la situación de pandemia que estamos atravesando, incluso puede estar supeditado a no tener una pensión mínima.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le 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 JURIDICO:

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 PROTECCIÓN (SA) efectuado por el (la) señor (a) RITO ANTONIO GONZALEZ DIAZ el día 17 de marzo de 1995; 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, solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN SA el 17 de marzo de 1995, con efectividad a partir del 1º de abril de 1995 (fl. 104).

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 de 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 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 las decenas de 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.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia,

que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: expediente administrativo del demandante. PROTECCIÓN SA aportó: Historia de cotizaciones al ISS, respuestas a derechos de petición presentados por el demandante, reporte de historia laboral de Protección SA, reporte de estado de cuenta AFP, historia de vinculaciones del SIAFP.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 17 de marzo de 1995, 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 una pensión siquiera igual a la del ISS, 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, 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.

Claramente para el momento del traslado 17 de marzo de 1995, el demandante tenía 226,86 semanas (fl. 96), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 40 años (nació el 1 de julio de 1954 – fl. 12) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, podría pensionarse en el RPM, toda vez que actualmente tiene más de 1,296,15 semanas – fl. 96, 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, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco, o en el evento para poder obtener una pensión, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la de Colpensiones.

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, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

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, determinando 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 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, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, 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 **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor RITO ANTONIO GONZALEZ DIAZ del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN SA el 17 de marzo de 1995, y en consecuencia condenar a PROTECCIÓN 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; 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.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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 **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

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 25 de abril de 2020 por el Juzgado 35° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor RITO ANTONIO GONZALEZ DIAZ del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN SA el 17 de marzo de 1995, y en consecuencia condenar a PROTECCIÓN 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; 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.

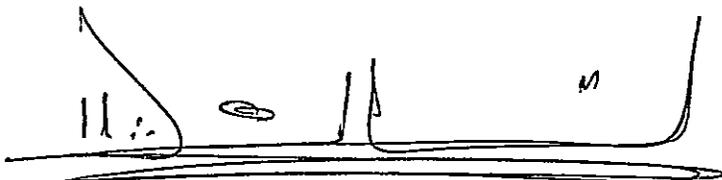
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503520190006701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503520190006701)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503520190006701)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación 34-2015-00539-01

Bogotá D.C.; mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **LILIA MONTES OBANDO**
DEMANDADOS: **COLPENSIONES**
ASUNTO : **RECURSO APELACION 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 34° Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de marzo de 2021 en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada (fls. 5 y 6), presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 9 de abril de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora LILIA MONTES DE OBANDO instauró demanda ordinaria laboral contra de COLPENSIONES, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 3 y 4):

1. Que se reconozca y pague la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes a la señora LILIA MONTES DE OBANDO por el fallecimiento de su hijo JOSE HERNAN GIRALDO MONTES.
2. Que se pague la indexación sobre el valor de la indemnización sustitutiva correspondiente.
3. Costas procesales.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 19 a 25), de acuerdo al auto visible a folio 32. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 34° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 2 de marzo de 2021, **DECLARÓ PROBADA** la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, formulada por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. **ABSOLVIÓ** a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de las pretensiones invocadas en su contra por la señora MARIA LILIA MONTES DE OBANDO. Sin lugar a imponer condena en costas procesales.

RECURSO DE APELACION

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación en los siguientes puntos:

1. **PENSION SOBREVIVIENTES:** Solicita se revoque la sentencia proferida de primera instancia, y en su lugar se accedan a su condena, teniendo en cuenta en primer lugar que se afirma por parte del Juzgado que hubo pago de una indemnización, sin embargo, la demandada no presentó excepción previa, como por ejemplo la de pago total de la obligación o cosa juzgada. Por otro lado, en sentencia SU 005 de 2018 la H. Corte Constitucional concedió la pensión de sobreviviente a la accionante, bajo el principio que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, adicionalmente, quien falleciere en vigencia de la Ley 797 de 2003, y no cotizaron antes del fallecimiento no se da aplicación del Acuerdo 049 de 1990, pero al remitirnos a la resoluciones expedidas por Colpensiones, dan cuenta que el señor Hernán Giraldo cotizó desde el año 1995, cuando entró

en vigencia la Ley 797 de 2003, pues tenía más de 350 semanas cotizadas, por lo tanto, según el criterio de la Corte Constitucional, en esta sentencia unificada, tendría no solo derecho a la indemnización sustitutiva, sino a la pensión de sobreviviente, a pesar que en la demanda se solicita la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente, de acuerdo a lo facultado ultra y extra *petita* que tiene el operador judicial, podría haber decretado la pensión de sobrevivientes.

Igualmente, cuando el trabajador afiliado fallece, en vigencia de la Ley 797 de 2003 y no tiene todas las semanas cotizadas, es posible acudir a lo consagrado por el Acuerdo 049 de 1990, siempre y cuando haya cotizado antes de 2013, que para el presente asunto se reúnen los presupuestos, y de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, que establece los beneficiarios de la prestación económica de los padres, se concluye que tiene derecho a una pensión vitalicia cuando el afiliado que ha fallecido no tiene esposa, ni hijos, por lo que los padres tienen ese derecho, pero no debe acreditar la dependencia económica, pues según la Corte, debe aplicársele el principio de favorabilidad que está establecido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, y además porque se debe tener en cuenta la situación de vulnerabilidad del padre o la madre, y en este caso, se debe remitir al artículo 46 superior, donde habla de la protección de las personas de la tercera edad, y el Juzgado no siquiera la edad de la demandante, en las documentales aportadas al proceso, se puede observar que es una señora de la tercera edad, por tanto tiene que haber una protección especial, por lo que considera que no debió aplicarse la Ley 797 de 2003, de acuerdo a la sentencia unificada partiendo de la base que el causante falleció en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero cotizó antes de entrar en vigencia la presente Ley, por consiguiente solicita se concedan al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Lilia Montes de Obando.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le 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 FACTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1) Sí conforme al material probatorio recaudado, la señora LILIA MONTES DE OBANDO tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de su hijo JOSE HERNAN GIRALDO MONTES.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES:

En el presente caso el Juez de instancia fijó el litigio si la señora Lilia Montes de Obando tenía derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, por el fallecimiento de su hijo José Hernán Giraldo Montes, pretensiones que fueron negadas en sentencia proferida el día 2 de marzo de 2021.

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación señalando que si bien en la demanda había solicitado el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, lo cierto es que dadas las facultades *ultra y extra petita* del operador judicial, puede haberse reconocido la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Lilia Montes de Obando, máxime si se tiene en cuenta el artículo 53 de la Carta Política, y revisar el estado de vulnerabilidad de la demandante, trayendo a colación la sentencia SU 005 de 2018.

En ese orden, tal y como lo prevé en el artículo 305 del CPC, hoy 281 del CGP, la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda o en las demás oportunidades que el código señala, así como en las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas, si así lo dispone la ley.

Así las cosas, las pretensiones de la demanda, así como los hechos, van encaminados al reconocimiento de la indemnización de la sustitución pensional, y así fue fijado el litigio en audiencia del 12 de agosto de 2019, pretensiones que fueron negadas en sentencia proferida el 2 de marzo de 2021, por lo que no habría consonancia respecto de los hechos, pretensiones de la demanda y sentencia proferida en primera instancia, así como el recurso de apelación incoado por la parte demandante.

Ahora bien, señala el recurrente que de conformidad con las facultades ultra y extra petita, debe reconocerse la pensión de sobrevivientes.

Al respecto, se trae a colación la sentencia SL1343 con Rad. 80885 del 23 de marzo de 2021, adocina que a partir de la sentencia C – 665 de 1998, es que la facultad ultra y extra *petita* corresponde a los jueces de única y primera instancia; en tanto que, el fallador de segundo grado, por regla general no puede pronunciarse por fuera o más allá de lo pedido.

[...] de vieja data la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que las facultades ultra y extra petita contempladas en la norma en mención se encuentran reservadas para el juez de primera o de única instancia, de modo tal que solo le está reservado a éste conceder salarios, prestaciones o indemnizaciones más allá de los pedidos o diferentes de los solicitados cuando los hechos en que se originen se encuentren debidamente discutidos y probados dentro del juicio, siendo que el juzgador de segundo grado no puede hacer uso de estas facultades oficiosas, al no estar contempladas dentro del ejercicio de sus funciones legales.

En ese orden de ideas, la Sala no puede pronunciarse respecto del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, como quiera que no fue objeto de discusión en primera instancia y hacerlo, lesionaría los derechos de la demandada, puesto que no fueron objeto de pronunciamiento por el primer juzgador, que era quien tenía tal atribución, lo que le daría la posibilidad a la accionada de, en caso de inconformidad, cuestionar la decisión a través del recurso de apelación.

Bajo las anteriores consideraciones, la Sala se releva del estudio de las súplicas incoadas por la parte demandante, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

COSTAS:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

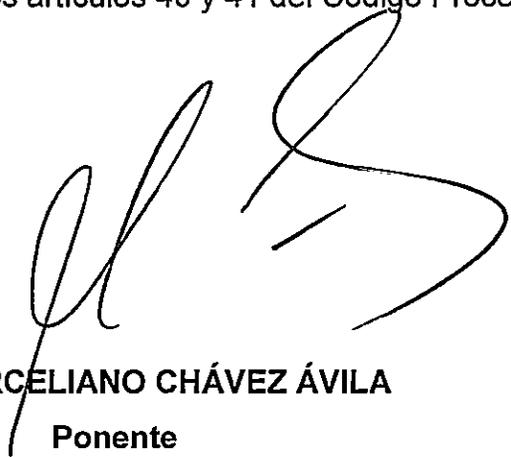
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de julio de 2020 por el Juzgado 34º Laboral del Circuito de Bogotá.

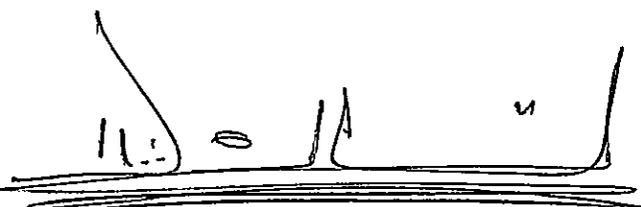
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la parte demandada. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de ellas; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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.

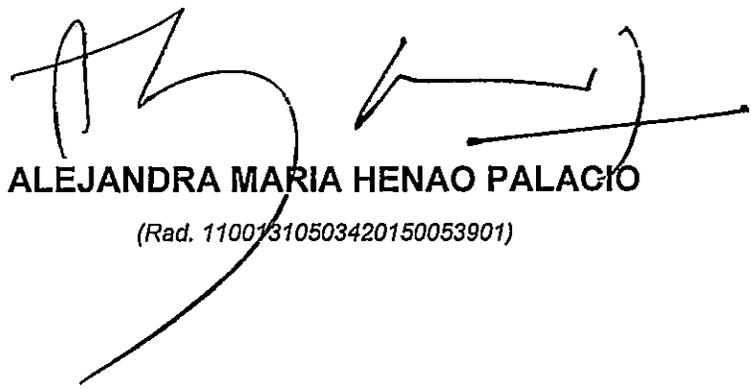


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

(Rad. 11001310503420150053901)



DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310503420150053901)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310503420150053901)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 32-2019-00274-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MARÍA ESPERANZA SÁNCHEZ SIERRA
DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
ASUNTO: RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDADA (PORVENIR SA)

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 3 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fl. 5), así como la demandada Porvenir SA (fls. 7), presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 15 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora MARÍA ESPERANZA SÁNCHEZ SIERRA instauro demanda ordinaria laboral contra de la AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a

la demandada Porvenir SA a reconocer la pensión de vejez en los términos señalados en el artículo anterior a favor de la demandante y a cancelar a la actora el retroactivo pensional causado desde el 30 de julio de 2015 y hasta que sea incluida en nómina de pensionados. **ABSOLVIÓ** a la demandada Porvenir SA de las demás pretensiones incoadas en su contra. **COSTAS** a cargo de Porvenir SA, y a favor de la demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Porvenir SA)** apeló el fallo proferido en primera instancia:

1. **PENSIÓN DE VEJEZ GARANTÍA MÍNIMA:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la AFP PORVENIR SA, teniendo en cuenta que la demandante no cumple con los requisitos para el reconocimiento de una pensión de vejez normal, pues el Despacho indicó que conforme el reporte de historia laboral allegado por la parte demandante con fecha de generación 28 de julio de 2020, daba cuenta que tenía más de las semanas exigidas por la Ley, esto es, más de 1150 semanas, sin embargo, en el RAIS, distinto a lo que sucede en Colpensiones, las semanas tienen que certificarse mediante formulario o formatos que firman las personas encargadas del pago de los empleadores. Entonces, ese documento que fue base para proferir la condena se puede leer que se indica que las cotizaciones en el RPM corresponden a 996 semanas, sin embargo el bono pensional del demandante aún está en liquidación provisional, porque desde aquellas solicitudes que también se generaron, por Horizonte SA anteriormente de que fuera fusionada con Porvenir SA, inició trámites para obtener esa certificación de historia laboral y por ende, solicitó la emisión del mismo, de ahí que desde ese momento en el que la demandante ha firmado historias laborales no ha sido posible obtener su emisión, pues el valor del bono depende de las semanas cotizadas al RPM con anterioridad al 1º de abril de 1994, éste valor puede presentar variaciones, por lo que no constituye una promesa al servicio de Porvenir SA, toda vez que la misma Ley establece que no se puede tener un bono pensional como una situación jurídica concreta, es decir, mientras las semanas cotizadas por el afiliado

al bono pensional emitido, situación que en la caso de la demandante no sucede, y en ese sentido la actora no tendría derecho a que se le pague ningún concepto por retroactivo pensional.

Con miras a la definición de los recursos de apelación interpuestos, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia 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:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si la señora MARÍA ESPERANZA SÁNCHEZ SIERRA tiene derecho o no al reconocimiento de la pensión de vejez con garantía mínima. **2.** Excepción de prescripción.

GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA ARTÍCULO 65 LEY 100 DE 1993:

En lo que respecta a las obligaciones de La Nación frente a la garantía de pensión mínima, el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, estatuye que en el caso de las mujeres que arriben a los 57 años de edad que no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de vejez, pero que *«hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión»*.

Asimismo, el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, señala:

La administradora o la compañía de seguros que tenga a su cargo las pensiones, cualquiera sea la modalidad de pensión, será la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima.

Así pues, el problema que debe resolver la Sala se centra en definir, si la demandante tiene derecho a la garantía de la pensión mínima de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, por tener la edad exigida, no contar con el capital necesario y haber cotizado más de 1150 semanas; o sí, como lo afirma la recurrente no hay lugar a tal reconocimiento por no tener en firme y redimido el bono pensional, pues a su consideración, tan solo se tiene de manera provisional el mismo.

Aclarado lo anterior, en este asunto, no es materia de discusión, que: *i)* María Esperanza Sánchez Sierra nació el 3 de diciembre de 1956 (fl. 107), por lo que, cumplió 57 años en 2013; *ii)* elevó solicitud de garantía de pensión mínima ante Colfondos SA el 5 de diciembre de 2013 (fl. 105) y, *iii)* la prestación fue negada con sustento en que no cumplía con los requisitos consagrados en los artículos 64 y 68 de la Ley 100 de 1993, toda vez que no contaba con el mínimo de 1150 semanas de cotización exigidas y, que el bono pensional al cual eventualmente tendría derecho la demandante no ha sido emitido por la Oficina de Bonos Pensionales, pues la AFP tan solo es una intermediaria para el trámite de emisión del bono pensional, esto no es una obligación a su cargo, y que únicamente en el momento en que La Nación liquide, emita y redima el bono pensional se procederá a revisar si la demandante tiene derecho a la pensión de vejez, toda vez que existía controversia en los periodos bajo el empleador Notaría 18 del Círculo de Bogotá, Gracia – Herreros Salcedo José y Superintendencia de Notariado y Registro.

En ese orden, se centra la Sala en verificar la totalidad de semanas cotizadas por la demandante, toda vez que a consideración de la parte demandante tiene completadas las mínimas requeridas, incluyendo las trabajadas para la Notaría 18 del Círculo de Bogotá para los periodos de 2 de mayo de 1988 a 1994 al 30 de enero de 1994. Por su parte, la AFP demandada señala que dichos periodos no se encuentran certificados por la UGPP, y esa es la razón por la cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales emitió de manera provisional el bono pensional, sin que autorizara hasta el momento la redención del mismo.

Así las cosas, se observa que la demandante cuenta con las siguientes semanas de cotización:

que NO COINCIDE con la reportada por CAJANAL a la OBP y que impide establecer la entidad que debe responder por el periodo antes indicado."

No obstante lo anterior, el Juzgado de instancia requirió a la UGPP a efectos de que informara los periodos faltantes antes mencionados por el Ministerio de Hacienda, a lo cual dio contestación el día 17 de noviembre de 2020, en el que informa al Juzgado de primer grado lo siguiente:

"Hemos recibido el oficio del asunto de la referencia, mediante el cual se requiere a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, para que allegue con destino a ese proceso:

- Si dentro del archivo obra pruebas o constancias de pago de aportes a CAJANAL por parte de la NOTARIA DIECIOCHO DEL CIRCUITO NOTARIAL DE BOGOTA y/o el señor ORLANDO JOSE GARCIA HERREROS, teniendo como trabajadora la señora MARÍA ESPERANZA SÁNCHEZ SIERRA;

-Informar si la NOTARIA DIECIOCHO DEL CIRCUITO NOTARIAL DE BOGOTA y/o el señor ORLANDO JOSE GARCIA HERREROS, se encontraba como entidad cotizante a CAJANAL para los años 1988 a 1994.

En consecuencia, me permito informar que verificados los archivos otorgados por la extinta CAJANAL, no se evidencia información alguna respecto de la señora MARÍA ESPERANZA SÁNCHEZ SIERRA o de la NOTARIA DIECIOCHO DEL CIRCUITO NOTARIAL DE BOGOTA y/o el señor ORLANDO JOSE GARCIA HERREROS."

Posteriormente, mediante correo del 30 de noviembre de 2020, la UGPP remite nueva respuesta con destino al Juzgado de primera instancia, informando que:

"En atención al asunto de la referencia, comedidamente me dirijo a ustedes informando que consultada la base de datos de RECIBOS DE CAJA (SECCIONAL BOGOTÁ) donde estaba ubicada la entidad NOTARIA DIECIOCHO DEL CIRCUITO NOTARIAL DE BOGOTA y/o el señor ORLANDO JOSE GARCIA HERREROS en los periodos comprendidos del 02/05/1988 al 30/06/1988 y realizando la revisión de la documentación física en 202.597 folios, se encontraron 129 recibos de caja correspondiente a los periodos solicitados.

Es importante aclarar que no estamos en la posibilidad de certificar que los soportes correspondan a la señora MARÍA ESPERANZA SÁNCHEZ SIERRA identificada con C.C 41.753.117, ya que la documentación entregada registra a nombre del empleador. Así mismo se informa que el archivo físico de planillas de autoliquidación de aportes pensionales solamente se pueden consultar a partir del año 1994 hasta el 2013."

derecho la actora.

Así pues, si bien la demandante acredita 1290 semanas cotizadas y un total de \$169.425.117 no es suficiente para financiar una pensión de vejez en los términos establecidos en el Artículo 64 de la Ley 100 de 1993, esto es, acumular en la cuenta de ahorro individual un capital que le permita una pensión superior al 110% del SMLMV, y como ya se refirió, la demandante al acreditar más de 1150 semanas, es procedente dar aplicación al artículo 65 de la Ley 100 de 1993, que establece la garantía mínima de vejez.

De lo expuesto se sigue, que contrario a lo afirmado por la apoderada de Porvenir SA, la señora MARÍA ESPERANZA SÁNCHEZ SIERRA acreditó todos los condicionamientos para acceder a la garantía de la pensión mínima que pretende.

Así mismo, debe resaltarse que la garantía mínima de la pensión de vejez deberá ser tramitada por la AFP PORVENIR SA, ante el Ministerio de Hacienda y Crédito público, pues tal omisión no puede ir en detrimento del derecho fundamental e irrenunciable a la pensión del afiliado consagrado a fin de garantizar su mínimo vital y el de la familia que eventualmente de ella dependa, conforme lo dispone el artículo 9 del Decreto 832 de 1996, modificado por el artículo 2 del Decreto 142 de 2006, que desarrolla el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá pagar en favor de la AFP Porvenir S.A. el capital faltante para financiar la garantía de pensión mínima de la actora.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Finalmente, la apoderada de la parte demandada Porvenir interpone recurso de apelación, respecto de la excepción de prescripción, toda vez que al proceso se allegaron diversas solicitudes presentadas por la parte demandante, y afirma que las administradoras de fondos de pensiones tienen un término para pronunciarse, por lo que no se debe tener en cuenta la fecha indicada por el Despacho, y no debería tenerse en cuenta la solicitud radicada el 5 de diciembre de 2013 (fl. 105),

sentencia proferida en primera instancia.

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 3 de marzo de 2021 por el **JUZGADO 32° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**.

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

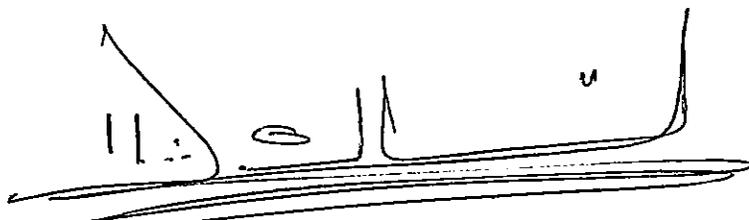
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503220190027401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503220190027401)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503220190027401)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 32-2018-00627-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: HECTOR EDUARDO GUTIERREZ JIMENEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUNLICO
(vinculada)
ASUNTO: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32º Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada Porvenir SA (fls. 5 a 10), presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 29 de enero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) HECTOR EDUARDO GUTIERREZ JIMENEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, AFP COLFONDO, debidamente sustentada como aparece a folios 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar la nulidad de traslado de HECTOR EDUARDO GUTIERREZ JIMENEZ del RPM al RAIS.
2. Como consecuencia de la anterior declaración ordenar a la AFP Colfondos SA a devolver al régimen de prima media todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses.
3. Condenar a Colpensiones a continuar con la afiliación del demandante en el RPM.
4. Condenar a las demandadas al pago a favor del demandante de las sumas de dinero con la correspondiente indexación.
5. Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 51 a 56) y COLFONDOS SA (fls. 71 a 94), de acuerdo al auto del 17 de enero de 2019. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

COLFONDOS SA presentó demanda en contra del señor HECTOR EDUARDO GUTIERREZ JIMÉNEZ, conforme se observa a folios 107 a 110, con el objeto que sea declarado a su favor:

1. A reintegrar a COLFONDOS SA las sumas de dinero que se le han venido cancelando al señor HECTOR EDUARDO GUTIERREZ JIMENEZ, por concepto de mesadas pensionales derivadas de la pensión de vejez, a partir del reconocimiento del derecho, hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.
2. Reconocer y pagar debidamente indexada la suma de \$2.430.245 pesos, suma pagada y recibida por el actor, por concepto de retroactivo pensional
3. Las sumas de dinero que resulten probadas por los concepto antes mencionados, deberán cancelarse debidamente indexadas.
4. Costas procesales.

El señor HECTOR EDUARDO GUTIERREZ JIMÉNEZ contestó la demanda (fls. 114 a 117) de acuerdo al auto del 5 de febrero de 2019. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 32° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 19 de noviembre de 2020, **DECLARÓ PROBADAS** las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual e inexistencia del derecho reclamado formuladas por COLPENSIONES; situación pensional consolidada – reconocimiento pensional formulada por COLFONDOS SA, y la de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación formulada por PORVENIR SA. **ABSOLVIÓ** a las demandadas y vinculadas al proceso de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante HECTOR EDUARDO GUTIERREZ JIMENEZ. **COSTAS** a cargo de la parte demandante y a favor de las demandadas y vinculadas al proceso, incluyendo como agencias en derecho la suma de medio (1/2) SMLMV a favor de cada una de ellas.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

La Sala resolverá el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, 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 JURIDICO:

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 COLPATRIA (hoy Porvenir SA) efectuado por el (la) señor (a) HECTOR EDUARDO GUTIERREZ JIMENEZ el día 13 de diciembre de 1996; **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, solicitó trasladarse a la AFP COLPATRIA SA (hoy Porvenir SA), el **13 de diciembre de 1996**, efectiva a partir del 1 de febrero de 1997. Posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el día 17 de noviembre de 1999, con efectividad a partir del 1 de enero de 2000 (fls. 95).

Así mismo, tampoco cabe asomo de duda que la AFP COLFONDOS SA le reconoció pensión de vejez al señor HECTOR EDUARDO GUTIERREZ JIMENEZ, mediante comunicación del 31 de marzo de 2008, en cuantía inicial \$1.215.122 pagaderos a partir del mes de abril de 2008, ordenando el pago a favor del demandante de la suma de \$2.430.245 por concepto de retroactivo pensional (fls. 99 y 100), situación que se colige con la documental vista a folio 101 del plenario denominada "liquidación mesada" con fecha 18 de abril de 2008.

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 de 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 las decenas de 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.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

No obstante lo anterior, no puede perderse de vista el hecho que al actor le fue reconocida la pensión de vejez desde el año 2008, situación que se encuentra fuera del debate probatorio, pues fue aceptado por ambas partes dicha situación.

Frente al tema, vale la pena traer a colación reciente pronunciamiento proferido por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373 con Rad. 84475 del 10 de febrero de 2021, en donde adoctrinó:

“Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

*Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la **calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:***

*Desde el punto de vista de los **bonos pensionales**, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.*

*Desde el ángulo de las **modalidades pensionales**, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta*

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

En el caso bajo examen, a Cárdenas Gil Protección S.A. le otorgó la pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado, desde el año 2008, es decir, de manera anticipada. La pensión se financió con el bono pensional pagado el 19 de diciembre de 2008 por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por un monto de \$156.674.927. Estas circunstancias denotan que el demandante adquirió el estatus jurídico de pensionado de manera anticipada, prestación que a su vez fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende.

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.”

Aunado a lo anterior, teniendo en cuenta que las entidades demandadas propusieron la **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, la Sala entrara a su estudio bajo los anteriores supuestos fácticos.

Es de anotar que el derecho pensional nunca prescribe. En el evento en estudio, por tratarse de nulidad de traslado del RPM al RAIS, no obstante, ya haberse reconocido la pensión desde el año 2008 en el RAIS, sin que el beneficiario hubiese procedido a la reclamación sobre la nulidad del reconocimiento de la pensión de contera el traslado efectuado inicialmente dentro del término prescriptivo, dispuesto por la Ley; conforme el Art. 488 CST y el Art. 151 CPTSS, esto es, 3 años contados desde que la obligación se hizo exigible.

En relación con la interrupción de la prescripción establecida en el Art. 488 del CST, se tiene que la misma ocurre extraprocesalmente mediante la presentación escrita del trabajador sobre los derechos determinados.

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por **una sola vez mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes a la causación del derecho o que el mismo se haya hecho exigible**, o radicar la respectiva demanda en ese mismo tiempo, precisando en todo caso que la excepción de prescripción comenzó a correr a partir del mes de abril de 2008 (fl. 99 y 100), fecha en que le reconoció la prestación, que el actor solicitó la nulidad de traslado el 25 de junio de 2018 ante el Fondo de Pensiones COLFONDOS SA (fls. 18 a 19) y COLPENSIONES (fls. 22 a 25), y ante su negativa promovió demanda el 28 de septiembre de 2018 (fl. 41), concluyendo entonces que dejó transcurrir el límite de 3 años otorgados por la normatividad laboral en comento, lo que acarrea como consecuencia la configuración del fenómeno prescriptivo establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS.

En tal sentido, se reitera que desde el año 2008, el demandante conoció la situación de su pensión al obtener su reconocimiento y vencido el término trienal con que contaba, efectuó reclamación, pretendiendo únicamente la nulidad de traslado.

Así las cosas, no es procedente declarar la nulidad de traslado como lo pretende el recurrente, pues a pesar de que podría configurarse las condiciones para ello, lo cierto es que el trámite se encuentra afectado con el fenómeno de prescripción, **además de tener ya consolidado y reconocido su derecho pensional en el RAI.**

Así mismo, vale la pena precisar que el derecho a la seguridad social es un principio universal consagrado en el artículo 48 de la Carta Política, que busca amparar los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por lo que en el presente asunto, al haber sido reconocida la pensión de vejez por parte del RAIS, por lo que dicho riesgo ya fue consolidado en el régimen de ahorro individual, y por tanto ya ingresó en el haber del actor, precisando en todo caso que no se hizo de manera obligatoria, sino que por el contrario, su voluntad iba encaminada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por lo que para la Sala no resulta lógico pretender únicamente la nulidad de traslado, sin que por tanto se hubiese pronunciado o pretenda la nulidad del reconocimiento de la prestación que se hizo efectiva a partir del año 2009.

Por las razones expuestas, se **CONFIRMARÁ** la decisión absolutoria de primera instancia, pero por las razones expuestas en el presente proveído, y en ese sentido se **DECLARARÁ PROBADA** la excepción de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual y la de prescripción, respecto de la pretendida declaración de nulidad de traslado, con la consecuencia absolución a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

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 día 19 de noviembre de 2020 por el Juzgado 32º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

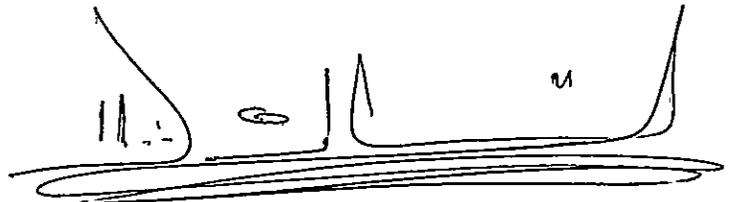
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA

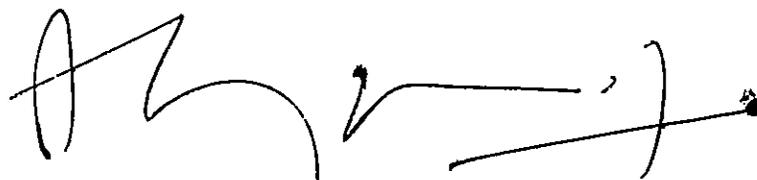
Ponente

(Rad. 110013105032201862701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 110013105032201862701)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 110013105032201862701)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación 31-3019-00810-01

Bogotá D.C.; mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: AYDEE MANZANO VILLEGAS
DEMANDADOS: UGPP
ASUNTO : RECURSO APELACION (Demandada)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 31° Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de junio de 2020 en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (fls.6), así como de la UGPP (fls. 9 a 13) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 9 de abril de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor AYDEE MANZANO VILLEGAS instauró demanda ordinaria laboral contra de la UGPP, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 5 y 6):

DECLARACIONES:

1. Que la demandante fue retirada de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero el 27 de junio de 1999, por liquidación de la Entidad, sin haber cumplido la edad de 50 años y con 20 años de servicios a la Caja.
2. Que el derecho pensional convencional de la demandante, se causó el 27 de junio de 1999, con el retiro del trabajador por decisión de la Caja de Crédito, Agrario, industrial y minero de dar por terminado el contrato de trabajo por liquidación de la misma, y haber laborado 20 años a dicha entidad, tal como lo establece el parágrafo 1 del Artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente 1998 – 1999.
3. Que la demandante adquirió el derecho pensional convencional, mucho antes de la vigencia del Acto – Legislativo 01 de 2005, puesto que la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999 que la cobija fue suscrita el 15 de abril de 1998 entre la entonces Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja Agraria "SINRACREDITARO".
4. Que la demandante, tiene derecho a la mesada adicional de junio o mesada catorce desde la fecha que cumplió la edad de 50 años para entrar a disfrutar el derecho pensional convencional, esto es, desde el 8 de noviembre de 2008.

CONDENATORIAS:

1. A reconocer, liquidar y ordenar el pago de la mesada catorce o mesada adicional de junio, causadas desde el 8 de noviembre de 2008 a futuro.
2. A reconocer debidamente indexadas las mesadas adicionales de junio causadas desde el 8 de noviembre de 2008 hasta cuando sea incluido en nómina para el pago.
3. Costas del proceso.

La UGPP contestó la demanda (fls. 31 a 42), de acuerdo al auto visible a folio 68. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 31° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 2 de junio de 2020, **CONDENÓ** a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL

DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, a reconocer y pagar a la demandante AYDEE MANZANO VILLEGAS la mesada 14 a partir del año 2017 en adelante. **CONDENÓ** a la demandada a reconocer y pagar a la demandante por concepto de retroactivo pensional de la mesada 14, los años 2017, 2018 y 2019 la suma de \$7.710.970, suma que deberá ser cancelada debidamente indexada. **COSTAS** a cargo de la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.

RECURSO DE APELACION

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación en los siguientes puntos:

1. **MESADA 14:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar se absuelva a la demandada, teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005, al modificar el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, introdujo una serie de reformas al Sistema pensional, con el fin de hacerlo financieramente viable, pero tratando de respetar los derechos adquiridos de los trabajadores, y que el Estado pudiera sumir la deuda pensional, resaltando que de la reforma constitucional en comento se desprende en su inciso octavo quienes hayan adquirido el derecho a la pensión con posterioridad a la vigencia de éste aludido acto legislativo, es decir, quienes hayan cumplido con los requisitos para acceder a la prestación antes del 25 de julio de 2005, no podrán recibir mas de 13 mesadas pensionales al año, con las excepciones señaladas en el párrafo transitorio del numeral sexto, es decir, que las personas que causen su derecho pensional antes del 31 de julio de 2011, y cuya mesada sea igual o inferior a 3 SMLMV, podrán seguir disfrutando de la mesada 14 pensional. Así las cosas, al habersele reconocido a la demandante una mesada de \$18.55.461 para el año 2009, la misma excede los 3 SMLMV, por lo que no es pertinente que se le reconozca la mesada 14, como lo indicó el Juez de instancia.

No obstante la interposición del recurso de apelación presentado por la parte demandada, la Sala también avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, que pasa a resolver la Sala con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico por resolver se centra en determinar: **1.** Si la señora AYDEE MANZANO VILLEGAS, como beneficiaria de la pensión de jubilación convencional desde el 8 de noviembre de 2008, tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14.

STATUS DE PENSIONADA:

Sea lo primero señalar que no constituye objeto de controversia en esta instancia que la entidad accionada la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia (hoy UGPP) le reconoció pensión de jubilación convencional a favor de la señora AYDEE MANZANO VILLEGAS mediante Resolución No. 911 del 29 de abril de 2009, con fundamento en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999, en cuantía inicial de \$1.723.285,30 a partir del 8 de noviembre de 2008, que reajustada al año 2009 asciende a la suma de \$1.855.461,28 (fls. 9 y 10)

DE LA MESADA CATORCE:

En ese orden de ideas, la señora AYDEE MANZANO VILLEGAS es beneficiaria de la pensión de jubilación convencional establecida en el parágrafo 1 del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999 a partir del **8 de noviembre de 2008** fecha en la cual cumplió 50 años de edad y ya contaba con más de 20 años de servicio a la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

En lo que atañe a la mesada adicional de junio, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dispone que los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1º de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de 30 días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2005 establece:

"PARÁGRAFO TRANSITORIO 6º. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

En el *sublite*, el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo establece:

*"El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión **al llegar a dicha edad**, siempre que haya cumplido con el requisito de veinte años (20) años de servicios a la Institución (...)"*

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro de la lectura del párrafo primero el artículo 41 convencional que la pensión de jubilación que la prestación se causa en el momento en que se cumplen los dos requisitos: tiempo de servicio y retiró del servicio la edad es un presupuesto para el mero disfrute convencional, por lo que contrario a lo afirmado por el apoderado de la UGPP, el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia tiene por sentado que si la pensión convencional está pactada bajo los mismos supuestos de hecho que regula la Ley, en cuanto al tiempo de servicios, más los requisitos específicos de causación, que en este caso será el retiro antes de cumplir la edad de 50 años, es posible darle el mismo tratamiento, por lo que la edad requerida solo es necesario para la **exigibilidad del derecho**. En este caso la norma convencional que se invoca, cumple con aquel supuesto factico regulado en la ley de pensión jubilatoria restringida, esto es el tiempo de servicios y el retiro sin haber cumplido 50 años de edad (Sentencia con radicación No. 42.703 del 22 de enero de 2013 y SL1698 con radicado No. 49063 de 9 de febrero de 2016¹).

¹ "La aplicación armónica de estos literales llevan a concluir que la pensión restringida se causa siempre que concurren los siguientes presupuestos: que el trabajador sea despedido sin justa causa, y que además tenga al servicio de la empresa más de 10 y menos de 20 años.

En cuanto a la edad, del mismo texto convencional se colige que no se exige como requisito de causación, porque basta que estén satisfechos los presupuestos mencionados (tiempo de servicio y despido injustificado), pues el cumplimiento de los 50 años en el caso de los hombres, simplemente es constitutivo de exigibilidad, pues así se infiere de la cláusula bajo examen, al establecer que se tendrá el derecho «cuando cumplan las edades establecidas de cincuenta (50) años para los hombres y cuarenta y siete (47) años para las mujeres.»

De esta disposición convencional, contrario a lo discurrido por el Tribunal, no se desprende que deba acreditarse la edad para el momento del despido, es decir, en vigencia del contrato de trabajo.

(...)

En ese orden de ideas, es pertinente traer a colación el reciente pronunciamiento de nuestro órgano de cierre SL3554 con radicado No. 74344 del 21 de agosto de 2019 en la que adoctrinó:

*De lo antes expuesto, se infiere que en virtud de la sentencia CC C-409 de 1994, la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los pensionados sin excepción; que a partir de la vigencia del Acto legislativo n.º 01 de 2005, tal prerrogativa fue derogada, salvo para quienes recibieran pensiones iguales o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y, que su extinción definitiva es a partir del 31 de julio de 2011, por disposición expresa de la reforma constitucional mencionada, ya que las pensiones causadas con posterioridad a su vigencia, **no pueden ser reconocidas en 14 mesadas anuales.***

Ahora, en cuanto a la prestación de jubilación de la demandante y la mesada adicional de junio, se memora que la pensión restringida de jubilación consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, se adquiere con el retiro voluntario del trabajador y el tiempo de servicio allí establecido, mientras que la edad mínima es un requisito para su exigibilidad; y tal como lo concluyó el colegiado, la actora consolidó la pensión el 13 de noviembre de 1991 cuando se retiró después de más de 18 años de servicios de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por lo que indudablemente le asiste el derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio, en virtud de lo señalado en la sentencia CC C-409-1994, en tanto su pensión se causó en noviembre de 1991, por cuya razón, fue cobijada por los beneficios del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sin que se hubiere afectado por la expedición del Acto Legislativo n.º 01 de 2005, pues su prestación se consolidó antes de su entrada en vigencia.

Así las cosas, tal y como se consigna en la Resolución No. 911 del 29 de abril de 2009, así como en la tarjeta de la liquidación de prestaciones sociales, la demandante prestó sus servicios desde el 28 de julio de 1978 y se retiró del servicio

En esa misma sentencia la Sala precisó su orientación en el entendido de que el artículo 42 de la convención colectiva de trabajo bajo examen, posee una estructura clara, que admite una lectura unívoca, en cuanto consagra una especie de pensión restringida de jubilación, que se causa con el tiempo de servicios y el retiro diferente al despido por justa causa, y en la que el cumplimiento de la edad constituye un simple requisito de exigibilidad”

el 27 de junio de 1999, laborando un total de 21 años para la Caja Agraria, por lo que debe concluirse que el 27 de junio de 1999 causó su derecho pensional, sin que sea procedente aplicar el Acto Legislativo 01 de 2005, norma que fue expedida con posterioridad a la causación del derecho de la actora, pues se reitera que la pensión no se causó en vigencia del Acto Legislativo en mención, para su aplicación en el presente asunto, sino que por el contrario, según la norma convencional, la prestación se causó con el retiro del servicio, esto es, el 27 de junio de 1999, sin que la demandante se encuentre dentro de la limitación establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005 (Sentencia SL5030 Rad. 63427 del 9 de octubre de 2019).

Sirven las anteriores consideraciones para concluir que la demandante *tendrá* derecho al pago de 14 mesadas al año, conforme lo solicita el apoderado de la parte actora, pues la prestación se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, despachando desfavorablemente las súplicas incoadas por el apoderado de la demandada, **CONFIRMANDO** el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Así pues, previo a resolver lo referente al *retroactivo* de las mesadas adeudadas, debe señalarse que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P. T y S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales. Así, en punto a la interrupción de la prescripción, la misma opera por una sola vez y por un lapso igual, y ocurre bien extra procesalmente mediante la reclamación escrita sobre los derechos claramente determinados o, procesalmente con la presentación de la demanda, siempre y cuando se den las condiciones o requisitos a que alude el art. 94 del C.G.P.

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por una sola vez mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes contados desde el **20 de abril de 2009**, fecha de notificación de la resolución reconocedora de la prestación (fl. 20 Vto.), o en ese mismo término haber instaurado la acción jurisdiccional tendiente al reclamo de dicha prestación, término que en todo caso dejó pasar la parte actora, como quiera que solicitó por primera vez el reconocimiento de la mesada 14 el día 6 de noviembre de 2019 (fls. 21 a 23), en tanto que la presente demanda fue

sometida a reparto el 12 de diciembre de 2019 (fl. 28), lo que significa que la demandante dejó transcurrir más de los 3 años otorgados por la normatividad laboral en comento, por lo que habrá de **DECLARARSE PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción, de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 6 de noviembre de 2016, esto es, 3 años antes de radicar la presente demanda, conforme lo indicó el Juez de instancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, se encuentran prescritas las mesadas 14 causadas con anterioridad al 6 de noviembre de 2016.

RETROACTIVO PENSIONAL:

Aclarado lo anterior, se ordenará CONDENAR a la UGPP a pagar las mesadas 14 de los años 2017, 2018 y 2019, sin perjuicio de las que a futuro se causen.

En ese orden de ideas, con apoyo del liquidador adscrito a la Sala, liquidación que hace parte integrante de ésta decisión, se calculó un retroactivo pensional de las mesadas 14 de los años 2017, 2018 y 2019, en la suma de **\$7.710.983**, no obstante, como quiera que se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la accionada, en aras de no hacer mas gravosa su situación, se **CONFIRMARÁ** el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte demandante; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de junio de 2020 por el Juzgado 31º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

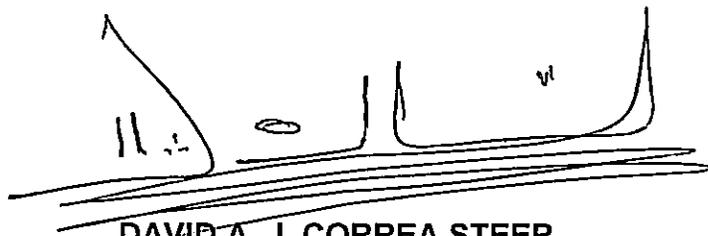
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

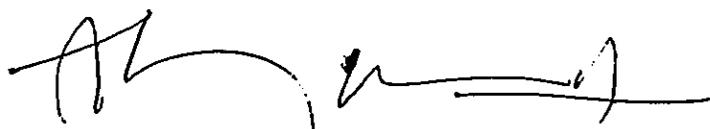
Ponente

(Rad. 11001310503120190081001)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503120190081001)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503120190081001)



Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL -			
MAGISTRADO: DR. MARCELIANO CHAVEZ AVILA			
RADICADO: 110013105031201981001			
DEMANDANTE : AYDEE MANZANO			
DEMANDADO: UGPP			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el retroactivo pensional según instrucciones del despacho.			

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 1.855.461,28	0,00	\$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 1.892.571,00	0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 1.952.566,00	0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 2.025.397,00	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 2.074.817,00	0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 2.115.068,00	0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 2.192.479,00	0,00	\$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 2.340.910,00	0,00	\$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 2.475.512,00	1,00	\$ 2.475.512,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.576.760,00	1,00	\$ 2.576.760,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.658.701,00	1,00	\$ 2.658.701,0
Total retroactivo					\$ 7.710.973,00

Retroactivo pensional	\$ 7.710.973,00
Total	\$ 7.710.973,00

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación Miércoles, 28 de Abril de 2021 Recibe: _____



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 30-2019-00363-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: JOSE AGUSTIN CORTES GOMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA (PORVENIR SA) //
CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 30º Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada demandante (fl. 195 a 196), Porvenir SA (fls. 186 a 194), así como de Colpensiones (fls. 198 a 201) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 08 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) JOSE AGUSTIN CORTES GOMEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 66 y 67 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPALES:

1. Declarar la existencia del vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación por falta de cumplir con el deber de información con el señor JOSE AGUSTIN CORTES GOMEZ a cargo de Porvenir SA.
2. Declarar como consecuencia la nulidad o in validez del acta o formulario de afiliación suscrito por el señor JOSE AGUSTIN CORTES GOMEZ, mediante el cual se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad Porvenir SA.
3. Declarar que para efectos pensionales continúa afiliado el señor JOSE AGUSTIN CORTES GOMEZ en el régimen de prima media con prestación definida hoy administrada por Colpensiones, al que pertenecía antes.
4. Declarar que para efectos pensionales el régimen de ahorro individual con solidaridad Porvenir SA, fondo al que actualmente se encuentra vinculado, realice la devolución de los aportes al régimen de prima media con prestación definida hoy administrador por Colpensiones, al que pertenecía antes.

CONDENATORIAS PRINCIPALES:

1. A la AFP Porvenir SA se obligue a tener como nula o invalida al acta o formulario de afiliación suscrito por el señor JOSE AGUSTIN CORTES GOMEZ, mediante el cual se afilió al RAIS.
2. En consecuencia, condenar que para efectos pensionales continúa afiliado el señor JOSE AGUSTIN CORTES GOMEZ al RPM administrado por Colpensiones, al que pertenecía antes.
3. Condenar para efectos pensionales al RAIS - Porvenir SA, fondo al que actualmente se encuentra vinculado, realice la devolución de los aportes al RPM administrado por Colpensiones, al que pertenecía antes.
4. Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 88 a 96) y PORVENIR SA (fls. 120 a 147 y 149 a 176), de acuerdo al auto visible a folio 148 y 177. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 30° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 21 de noviembre 2020, **DECLARÓ NULO E INEFICAZ** el traslado de régimen pensional que hizo el demandante JOSE AGUSTIN CORTES GOMEZ del régimen de prima media con prestación definida al de régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR SA, que hizo mediante la suscripción del formulario No. 348408 del 28 de noviembre de 1994, con efectividad a partir del 1 de diciembre de 1994. **DECLARÓ** válidamente vinculado al demandante señor JOSE AGUSTIN CORTES GOMEZ al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones. **CONDENÓ** a PORVENIR SA a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que ha permanecido en dicho régimen, es decir, desde el 1 de diciembre de 1994 y hasta el momento en que el traslado se cumpla, estos últimos deben ser cubiertos con recursos del patrimonio de la administradora, debidamente indexados. **ORDENÓ** a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante señor JOSE AGUSTIN CORTES GOMEZ, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulen el régimen de prima media con prestación definida. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones planteadas por las accionadas. **COSTAS** a cargo de la AFP Porvenir SA, incluyendo agencias en derecho la suma de \$3.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (PORVENIR SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se absuelva a Porvenir SA, teniendo en cuenta que el Juzgador indica que se presenta el fenómeno de ineficacia del traslado, precisamente por la falta de información, sin embargo, no procede la declaratoria de la misma por cuanto de manera expresa la norma prevé que para que se dé su declaratorio deben existir

actos que impiden la afiliación del trabajador, es decir, sin duda, cuando existen casos con dolo, que impida o atente la libertad de afiliación o traslado, con la intención de causar daño, en este caso, nótese que no se alegó, ni se acreditó el dolo por parte de Porvenir, y por el contrario, lo que se exhibe con claridad es que el demandante suscribió el formulario de afiliación, de manera libre y voluntaria, siendo absolutamente capaz, pues para ese momento no se acreditó que fuera incapaz de suscribir el formulario de afiliación. Adicionalmente, se puede colegir del interrogatorio de parte que si se brindó información, característica del RAIS, luego no hubo ningún engaño. Manifiesta también el A Quo que en el expediente, de alguna manera está huérfano de pruebas, y que la suscripción del formulario caree de elementos de juicio para determinar la información entregada al demandante, pese a la inversión de la carga de la prueba, esto no se puede compartir, como quiera que el formulario de afiliación no es un simple documento, es un formato que precisamente está avalado conforme la Ley 100 de 1997, de manera que no es dable restarle valor probatorio y menos desconocerlo, cuando en su momento, era el único requisito que se exigía para la afiliación o el traslado, luego Porvenir SA cumple de manera literal las exigencias de las normas expedidas para el momento de la vinculación del demandante, recordando que al momento de suscribir el formulario de afiliación, y se traslada de régimen pensional, el actor ya tenía semanas cotizadas en el ISS, situación que a la luz del nuevo régimen pensional, esto es, la Ley 100 de 1993 no lo excluía, no lo exceptuaba, no hacía improcedente su traslado, pues su vida laboral ya había iniciado años atrás, no era beneficiario del régimen de transición, y como lo mencionó en los alegatos de conclusión, no era posible hacerle una proyección, pues no se sabía cómo iban a ser sus salarios en sus últimos años laborales, ni mucho menos cuales iban a ser sus ingresos. Destaca que para el año 1994 no era obligatorio realizar proyecciones, esto fue exigido desde el año 2010, precisamente con el Decreto 2355, en donde constan los deberes que tienen los consumidores financieros, luego es un hecho objetivamente demostrado que el tiempo de vinculación del demandante con Porvenir SA permitió el descuento de sus aportes con destino al RAIS – Porvenir SA, conducta que bajo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia, debe considerarse como la virtud de la voluntad del afiliado, y esto se dijo en la Sentencia con radicado No. 47236 del 6 de abril de 2016, en donde se concluye que la voluntad inequívoca del afiliado es permanecer en uno u otro régimen pensional, y en este caso, la voluntad del demandante fue permanecer en el RAI.

De años atrás ya es clara la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, respecto del deber de información, sin embargo, estas sentencias fueron estudiadas con personas que estaban amparadas con el régimen de transición, y aunque en esas sentencias claramente se ha aclarado que no importa si el afiliado tiene o no régimen de transición, vuelve y se estudia con personas que efectivamente son amparadas con el régimen de transición, es por eso que hay varias aclaraciones de voto, una de éstas en la sentencia SL1452 de 2019, en donde el magistrado aclara voto porque no se puede declarar de manera automática la ineficacia de traslado de régimen, porque debe revisarse específicamente el tipo de perjuicio que se haya producido al afiliado, y claramente a las personas se les ocasionó un perjuicio, pues estaban amparadas con el régimen de transición, por lo que a juicio del magistrado, indica que no deberían estar autorizados los afiliados para demandar la ineficacia o nulidad del traslado, simplemente porque el pasar del tiempo no resulta su mesada pensional acorde a sus aspiraciones pensionales, situación que ocurre en el presente caso, también trae a colación la sentencia con radicado 52112 en donde indica que no se puede acceder de manera indiscriminada a todas las nulidades o ineficacia de traslado, porque es con fundamento a una supuesta falta de información, pero el pasar del tiempo su proyección no resultaba acorde, porque indica hacerlo de esta forma se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el legislador, pues éste garantizó la libertad de régimen pensional en cabeza del afiliado, y en ese sentido, deberá asumir las consecuencias jurídicas que conllevan a éstos negocios.

De otra parte, el demandante está inmerso en la prohibición de la Ley 100 de 1993, norma que fue sometida al control previo de la Corte Constitucional en sentencia C 1024 de 2004, fue declarada exequible, previendo primero el interés general sobre el particular y por el otro lado, para no descapitalizar el sistema pensional – RPM y garantizar la estabilidad financiera en el RAIS, por eso no es dable que el demandante se escude en una falta de información representada únicamente porque su plan de pensión no resulta acorde con sus expectativas pensionales.

2. **GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:** Señala que la Superintendencia Financiera ha indicado que cuando se declare la ineficacia o nulidad de traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, pero no los gastos de administración, de manera que lo único que se traslade es lo que dispone el Art. 13 literal b) de

la Ley 100 de 1993, y nótese que de la lectura del artículo se puede denotar que no se habla de gastos de administración. Los gastos de administración corresponden a valores que no hacen parte de la cuenta individual del afiliado, y que en ningún momento entran a financiar la pensión del afiliado y por parte, no son parte íntegra de ésta.

- 3. COSTAS:** Solicita se revise la imposición de las costas por parte del Juzgado de primera instancia, toda vez que considera que con excesivas, máxime si se tiene en cuenta la celeridad dentro del presente proceso y que todas las pretensiones han salido a favor del demandante.

No obstante la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver 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 JURIDICO:

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) JOSE AGUSTIN CORTES GOMEZ el día 28 de noviembre de 1994; **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 (CAPRECUNDI), solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 28 de noviembre de 1994, con efectividad a partir del 1 de diciembre de 1994 (fl. 151).

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 de 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 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 las decenas de 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.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: expediente administrativo del demandante. PORVENIR SA aportó: formulario de afiliación (1994), comunicados de prensa, historia de vinculaciones del SIAFP, relación histórica de movimientos Porvenir SA, certificados de afiliación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de noviembre 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 una pensión siquiera igual a la del ISS, 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, 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.

Claramente para el momento del traslado 28 de noviembre de 1994, el demandante tenía 615 semanas (fl. 29), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 36 años (nació el 27 de enero de 1958 – fl. 104) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2020, podría pensionarse en el RPM, (Actualmente tiene más de 1,475 semanas – fl. 29), 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, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco, o en el evento para poder obtener una pensión, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la de Colpensiones.

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, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

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,

determinando 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.

Ahora bien, si bien la demandante no estuvo afiliada al extinto ISS hoy Colpensiones, sino a una caja de previsión, ha de traer a colación la sentencia SL752 Rad. 72260 del 4 de marzo de 2020, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó *"Tampoco halla la Sala desinteligencia en la inferencia del juez plural consistente en que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, la actora resultó afiliada automáticamente al régimen de prima media, y que esta resultó siendo su primera selección, pues ninguna intelección se ofrece más coherente si de interpretar las normas aplicables al caso bajo examen, a saber: artículos 52 y 28 de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el régimen de prima media con prestación definida, entre ellas la Caja Nacional de Previsión Social."*

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, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, 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 **CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora JOSE AGUSTIN CORTES GOMEZ del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 28 de noviembre de 1998.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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 DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA

La apoderada de la parte demandada (Porvenir SA) presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia.

La sala debe precisar que **no es el recurso de apelación la oportunidad para proponer una objeción de costas**, cuyo decreto definitivo aún no se ha determinado, de conformidad con lo previsto en el art. 366 del C.G.P.

Por lo tanto se desestima la inconformidad con las costas impuestas en primera instancia, aspecto sobre el cual la Sala queda relevada de resolver por las razones anotadas.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante PORVENIR SA, habrá lugar a condenarla en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

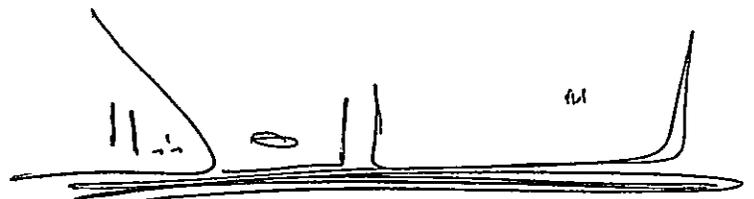
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2020 por el Juzgado 30° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

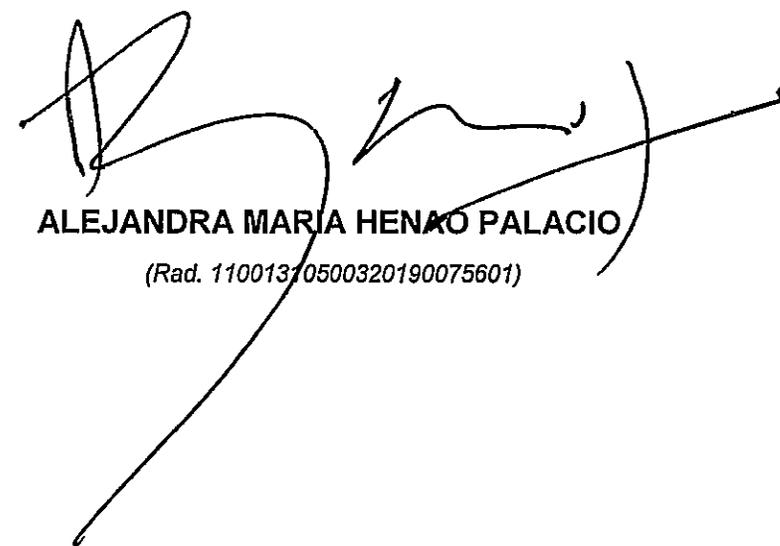
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310500320190075601)



DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310500320190075601)
Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310500320190075601)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 26-2019-00775-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: ADRIANA VILLAMIZAR PIÑEROS
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
ASUNTO: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26° Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de diciembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada Colpensiones (f. 194 a 197) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) ADRIANA VILLAMIZAR PIÑEROS instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA, debidamente sustentada como aparece a folios 7 y 8 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. La nulidad de la afiliación de la señora ADRIANA VILLAMIZAR PIÑEROS por medio de la AFP Colfondos SA, desde el 10 de enero de 1999, a través de la cual se trasladó del régimen de prima media administrador por el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual.
2. Declárese la libertad de la señora ADRIANA VILLAMIZAR PIÑEROS, de afiliarse al régimen de prima media al declararse la nulidad de la afiliación a la AFP Colfondos SA.

CONDENATORIAS:

1. A Colpensiones a recibir a la señora ADRIANA VILLAMIZAR PIÑEROS como afiliado cotizante.
2. A la AFP Colfondos SA a liberar de sus bases de datos a la señora ADRIANA VILLAMIZAR PIÑEROS, y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ADRIANA VILLAMIZAR PIÑEROS tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, 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 hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a Colpensiones.
3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 119 a 129) y COLFONDOS SA (fls. 144 a 165), de acuerdo al auto visible a folio 173. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 26° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 15 de diciembre de 2020, **DECLARÓ** ineficaz el traslado efectuado por la demandante ADRIANA VILLAMIZAR PIÑEROS al régimen de ahorro individual con solidaridad. **CONDENÓ** a la AFP Colfondos SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los

aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. **CONDENÓ** a Colpensiones a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas. **COSTAS** a cargo de la demandada Colfondos SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$600.000.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Procede la sala a resolver 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 JURIDICO:

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) ADRIANA VILLAMIZAR PIÑEROS el día 28 de enero de 1998; **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 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 COLFONDOS SA el 28 de enero de 1998, efectiva a partir del 1 de marzo de 1998 (fl. 166).

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 de 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 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 las decenas de 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.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente el fondo demandado en la contestación de la demanda Colpensiones no aportó ninguna prueba documental. COLFONDOS SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, formulario de afiliación (1998), comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de enero 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 una pensión siquiera igual a la del ISS, 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, 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.

Claramente para el momento del traslado 28 de enero de 1998, el demandante tenía 400,29 semanas (fl. 39 a 41), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 1° de agosto de 1962, fl. 29) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, cumpliría 57 años de edad, en el año 2019 podría pensionarse en el RPM (Actualmente tiene 1.397 semanas – fl. 39 a 41), 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, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

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, determinando 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 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, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, 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 la señora ADRIANA VILLAMIZAR PIÑEROS del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS SA el 28 de enero de 1998, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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 15 de diciembre de 2020 por el Juzgado 26° Laboral del Circuito de Bogotá.

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

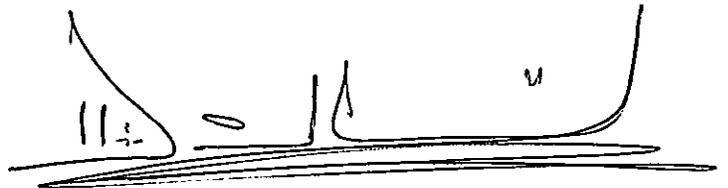
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502620190077501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502620190077501)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502620190077501)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 26-2019-00431-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: GUILLERMO HERNANDO RODRIGUEZ SANTOS
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA (PORVENIR SA) //
CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26º Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fl. 144 y 145), así como demandada Colpensiones (fls. 146), Porvenir SA (fls. 134 a 142) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) GUILLERMO HERNANDO RODRIGUEZ SANTOS instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 3 (vuelto) y 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPALES:

1. La existencia del vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación por falta de cumplir con el deber de información con el señor GUILLERMO HERNANDO RODRIGUEZ SANTOS a cargo de Porvenir SA.
2. Que como consecuencia de lo anterior, declarar la nulidad o invalidez del acta o formulario de afiliación suscrito por el señor GUILLERMO HERNANDO RODRIGUEZ SANTOS, mediante el cual se afilió al RAIS con Porvenir SA.
3. Que para efectos pensionales, continúa el señor GUILLERMO HERNANDO RODRIGUEZ SANTOS afiliado al RPM administrado hoy por Colpensiones, al que pertenecía antes.
4. Que para efectos pensionales el RAIS – Porvenir SA, fondo al que actualmente se encuentra vinculado, realice la devolución de los aportes al RPM administrado por Colpensiones, al que pertenecía antes.

CONDENATORIAS PRINCIPALES:

1. A Porvenir SA, se obligue a tener como nula o inválida el acta o formulario de afiliación suscrito por el señor GUILLERMO HERNANDO RODRIGUEZ SANTOS mediante el cual se afilió al RAIS – Porvenir SA.
2. En consecuencia, se condene para efectos pensionales, continuar afiliado el señor GUILLERMO HERNANDO RODRIGUEZ SANTOS al RPM administrado por Colpensiones, al que pertenecía antes.
3. En consecuencia, condenar para efectos pensionales a Porvenir SA, fondo al que actualmente se encuentra afiliado el demandante, realice la devolución de los aportes al RPM administrado por Colpensiones, al que pertenecía antes.
4. Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 47 a 51) y PORVENIR SA (fls. 77 a 118), de acuerdo al auto visible a folio 119. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 26° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 24 de noviembre de 2020, **DECLARÓ INEFICAZ** el traslado efectuado por el demandante al RAIS a partir de agosto de 2002, **CONDENÓ** a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. **CONDENÓ** a Colpensiones a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las mesadas cotizadas por la demandante. **DECLARO NO PROBADA** las excepciones propuestas por las demandadas. **COSTAS** a cargo de la parte demandada Porvenir SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$600.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (**PORVENIR SA**) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se absuelva a Porvenir SA, teniendo en cuenta que la Juzgadora señala que en el presente caso se da la figura de ineficacia del traslado, en razón a la falta de información, sin embargo, no procede la declaratoria de ineficacia, por cuanto al declararla deben existir actos que impiden o atentan contra la afiliación del trabajador, esto es, cuando sin duda se realizan actos de dolo para impedir o atentar en contra de esa libertad de afiliación o traslado, lo que genera un daño, y en este caso no se acreditó el dolo por parte de Porvenir, y por el contrario, lo que se exhibió es que el demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria para el año 2002, así mismo, respecto de lo que se pudo evidencia en el interrogatorio de parte, por cuanto manifestó que en el año 2000 recibió una asesoría de manera grupal en donde se le informan las características del RAIS, las cuales son ciertas, lo cual concuerda con la suscripción del formulario de afiliación en el año 2000 y suscribe uno posteriormente, en el año 2004. Manifiesta la Juez que en este proceso, de alguna manera esta huérfano de pruebas, y que el formulario de afiliación al final que se suscribió por el demandante, carece de elementos para determinar la información entregada, pese a que se hizo la inversión de la

carga de la prueba, esta conclusión no la comparte, por cuanto el formulario de afiliación no es un simple formato, fue una exigencia, no solamente para el cumplimiento de la Ley 100 de 1993, sino también porque lo exigía la Superintendencia Bancaria en su momento, de manera que Porvenir cumple de manera literal las exigencias de las normas expedidas para el momento de la vinculación con la parte demandante. Aunado a lo anterior, cuando el demandante suscribe el formulario de afiliación en el año 2000 y realiza el traslado de régimen, tenía semanas con el ISS hoy Colpensiones, situación que a la luz del nuevo régimen pensional, conforme la Ley 100 de 1993, no lo excluía, no lo hacía improcedente, dado que en su vida laboral había iniciado años atrás y no era posible como iban a ser sus últimos años laborales, sus beneficiarios, no se conocía como iban a ser sus ingresos y máxime cuando la proyección se exigió en el año 2010, luego no es un hecho objetivamente demostrable que durante el tiempo de vinculación el demandante permitió que se realizara descuentos con destino a Porvenir, conducta que bajo la línea que ha trazado la Corte Suprema de Justicia es la verificación de la voluntad del afiliado, lo cual se dijo en sentencia con radicado 47436 del 6 de abril de 2016, y si bien hay una línea jurisprudencial respecto del deber de información, en esta sentencia varios magistrados aclararon voto precisamente porque indicaron que en estos casos se debe revisar y se produce un perjuicio claro y cierto, y en el caso de esas personas que estudiaron los casos, estaban amparadas con el régimen de transición, de manera que no hay una identidad fáctica con el caso que nos ocupa, y si bien ya aclaró la Dra. Clara Cecilia que en esas sentencias no importa si el afiliado tiene régimen de transición o no, lo cierto es que el estudio si se hace con personas beneficiarias del régimen de transición, de manera tal que no existe una identidad fáctica.

Ahora bien, la parte demandante esta inmersa en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003, esta norma que fue sometida al control previo por la Corte Suprema Constitucional, conforme sentencia C 1024 de 2004, se prevén aspectos de interés general sobre el particular, para proteger al sistema de pensiones, por un lado, para no descapitalizar el RPM, y por el otro, garantizar la actividad financiera del RAIS, no es dable que el demandante se escude en una falta de información por parte de Porvenir SA, simplemente por el pasar del tiempo, su plan de pensión no resulta acorde con sus aspiraciones, tal y como lo han dicho varios magistrados, en aclaraciones de voto.

2. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN: No es procedente su devolución, como quiera que la Superintendencia Financiera de Colombia indicó que en el evento en que proceda la nulidad o ineficacia de traslado, las sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, conforme lo dispone el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993, pues de la lectura de éste artículo no se dice que se tenga que retornar los gastos de administración, pues los mismos no corresponden a valores que pertenezcan del afiliado de ningún régimen pensional, pues estos al final no van a ser parte del derecho pensional.

No obstante la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver 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 JURIDICO:

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) GUILLERMO HERNANDO RODRIGUEZ SANTOS el día 15 de agosto de 2002; 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, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 15 de agosto de 2002, efectivo a partir del 1 de octubre de 2002, posteriormente solicitó trasladarse el 20 de septiembre de 2004 a la AFP Horizonte SA, con efectividad a partir del 1 de noviembre de 2004. Finalmente, dada la cesión por fusión, quedó afiliado a la AFP Porvenir a partir del 1 de enero de 2014 (fl. 107).

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 de 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 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 las decenas de 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.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó expediente administrativo del demandante. PORVENIR SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, formulario de afiliación (2002 y 2004), comunicados de prensa, relación histórica de movimientos Porvenir SA, certificado de afiliación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 15 de agosto de 2002, 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 una pensión siquiera igual a la del ISS, 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, 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.

Claramente para el momento del traslado 15 de agosto de 2002, el demandante tenía 147 semanas (fl. 14), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 21 de junio de 1957 – fl. 12) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al cumplir con las semanas exigidas, en el año 2019, 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, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión de vejez, situación que no le fue advertida tampoco, o en el evento para poder obtener una pensión, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la de Colpensiones.

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, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

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, determinando 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, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, 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 **CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora GUILLERMO HERNANDO RODRIGUEZ SANTOS de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 15 de agosto de 2002.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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 **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma

equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora ; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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 24 de noviembre de 2020 por el Juzgado 26º Laboral del Circuito de Bogotá.

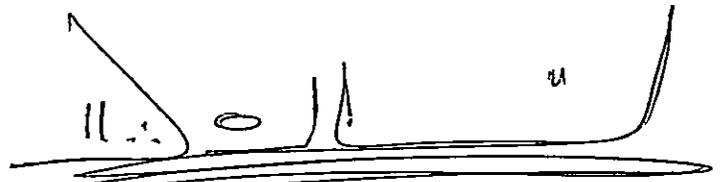
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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. 11001310502720190043101)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502720190043101)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502720190043101)