



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE ELSA VICTORIA MENA CARDONA CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020), cinco de la tarde (05:00 p.m.), día y hora señalados para llevar a cabo la audiencia, surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión Laboral emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por las convocadas a juicio, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES



respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 02 de marzo de 2020 proferido por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó nulidad de su traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A., en consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, a la Administradora del RPM aceptar su regreso, reconocer la pensión de vejez, en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir de su última cotización, costas, ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 11 de octubre de 1959; el 01 de junio de 1980, se afilió al Instituto de Seguros Sociales – ISS cotizando 408 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 05 de abril de 1995 se trasladó al RAIS a través de PORVENIR S.A., cuyo asesor le indicó que no perdería beneficio alguno con su traslado, tendría excedentes de libre disponibilidad y recibiría un valor mayor que en el ISS, no le explicó las ventajas y desventajas de su traslado, ni que podía regresar al RPM antes de cumplir los 47 años de edad; ha cotizado 1539 semanas durante toda la vida laboral hasta agosto de 2016; el 30 de noviembre de 2017 petitionó a PORVENIR S.A. la información que le fue brindada, recibiendo oficio de 12 de diciembre siguiente, indicándole que no tenía evidencia de la asesoría, pues, lo fue de manera verbal; el 30 de noviembre de 2017, solicitó a PROTECCIÓN S.A. información sobre su asesoría, con comunicaciones de 22 de noviembre de ese año y 12 de



febrero de 2018 ésta AFP le manifestó que su IBL era de \$18'031.543.00, su mesada pensional sería de \$4'767.143.00; en el RPM equivaldría a \$10'221.651.00; su traslado al RAIS afectó su mínimo vital, la vida en condiciones dignas y, su seguridad social; el 01 de diciembre de 2017 solicitó a COLPENSIONES su regreso, negado por no cumplir los requisitos de la Sentencia SU – 062 de 2010¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la *data* de nacimiento de la convocante, la solicitud radicada ante la AFP y su respuesta desfavorable. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e, innominada².

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES rechazó los pedimentos, respecto a las situaciones fácticas admitió la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación al ISS y la solicitud presentada. Presentó las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, improcedencia de costas

¹ Folios 2 a 30.

² Folios 182 a 190.



en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, genérica³.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la calenda de nacimiento de la accionante, el traslado, el último mes cotizado y, las solicitudes presentadas. Propuso las excepciones de inexistencia de la nulidad alegada por no haberse configurando un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción, validez de la afiliación al RAIS, no pertenecer la accionante al grupo de personas que pueden regresar al RPM e, innominada⁴.

Mediante auto de 13 de febrero de 2020, el *a quo* aceptó el desistimiento de la pretensión relativa a la pensión de vejez⁵.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado efectuado por Elsa Victoria Mena Cardona al RAIS, en consecuencia, ordenó a PROTECCIÓN S.A. remitir a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin descontar suma alguna por mesadas, gastos de

³ Folios 95 a 118.

⁴ Folios 129 a 137.

⁵ CD folio 256.



administración o cualquier otra y, costas; declaró no probada la excepción de prescripción⁶.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, las convocadas a juicio interpusieron sendos recursos de apelación⁷.

PROTECCIÓN S.A. en resumen expuso, que no procede la condena en costas, pues, siempre ha actuado conforme a la ley, además, no se demostró la supuesta omisión en que incurrieron los fondos accionados en el traslado de régimen y los posteriores cambios, ni que exista vicio del consentimiento, en tanto, el error de derecho no lo vicia, además, la actora no era beneficiaria del régimen de transición y, permaneció 23 años en el RAIS, ahora solicita la nulidad solo porque está inconforme con el valor de su mesada, sin que la ignorancia de la ley sea excusa.

COLPENSIONES en suma arguyó, que para aplicar la jurisprudencia se debe analizar cada caso en concreto, evidenciándose que Mena Cardona no es beneficiaria del régimen de transición, ni tenía expectativa legítima, asimismo, se trasladó dentro del RAIS ratificando su decisión y, en el interrogatorio de parte manifestó que conocía las características propias del RAIS, igualmente el error de derecho no vicia el consentimiento.

⁶ CD y acta de audiencia, folios 260 a 262.

⁷ CD Folio 261.



PORVENIR S.A. en resumen expuso, que no existió vicio del consentimiento, la actora entendió la importancia de su decisión al suscribir el formulario, ratificando su determinación al permanecer por más de 20 años en el RAIS, adicionalmente, contaba con el derecho retracto del que no hizo uso; si bien se declaró la ineficacia se había pedido la nulidad fundada en un actuar doloso en que no se ocurrió.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Elsa Victoria Mena Cardona estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales - ISS de 01 de junio de 1980 a 30 de abril de 1995, aportando 394.14 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, de manera interrumpida a través de diferentes empleadores; el 05 de abril de 1995 solicitó su traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de mayo siguiente; el 11 de diciembre de 2002 se cambió a OLD MUTUAL y; el 18 de septiembre de 2004 a PROTECCIÓN S.A.; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas emitido por COLPENSIONES⁸, el formulario de traslado⁹, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹⁰, la relación histórica de aportes expedida por PORVENIR S.A.¹¹ y, la historia laboral consolidada emitida por PROTECCIÓN S.A.¹².

⁸ Folio 32.

⁹ Folios 33, 50 y 191

¹⁰ Folios 138 y 198 a 199.

¹¹ Folios 193 a 195.

¹² Folios 34 a 44 y 139 a 142.



Mena Cardona nació el 11 de octubre de 1959, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹³.

El 01 de diciembre de 2017 la accionante solicitó la afiliación al RPM¹⁴, negada con oficio de igual calenda, porque, le faltaban menos de 10 años para la edad de pensión¹⁵.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a decidir el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

NULIDAD DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

¹³ Folio 31.

¹⁴ Folio 45.

¹⁵ Folio 46.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 036 2018 00184 01
Ord. Elsa Victoria Mena Cardona Vs. Porvenir S.A. y otro

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes (i) certificado de existencia y representación legal de las AFP¹⁶; (ii) solicitud de pensión de vejez, radicada por la demandante en PROTECCIÓN S.A. a 01 de junio de 2017¹⁷; (iii) desistimiento del trámite pensional de 09 de noviembre siguiente¹⁸; (iv) comunicación de 22 de noviembre de ese año, en que ésta AFP le explicó a la actora las diferentes modalidades pensionales, además tendría derecho a una pensión de vejez anticipada a partir de 01 de junio de ese año, en cuantía de \$5'417.209.00¹⁹; (v) peticiones presentadas ante las AFP de 30 de noviembre de 2017, en que la accionante solicitó copia de la información brindada para su vinculación, además a PROTECCIÓN S.A. le peticionó proyección pensional y el valor de su IBL²⁰; (vi) Oficio de 12 de diciembre de ese año, en que PORVENIR S.A. indicó que el asesor comercial ilustró de forma completa, suficiente y veraz, por ello, suscribió el formulario de traslado²¹; (vii) comunicaciones de 06 y 12 de febrero de 2018, en que PROTECCIÓN S.A. indicó que la asesoría se brindó conforme a la ley, el IBL de toda la vida sería de \$12'905.600.00, el de los últimos 10 años equivaldría a \$18'031.543.00 y, la mesada pensional ascendería a \$5'417.209.00²²; (viii) proyección pensional aportada por la convocante²³; (ix) CD expediente administrativo²⁴ y; (x) constancia de traslado de aportes de PORVENIR S.A. a OLD MUTUAL por \$84'613.416.00²⁵. Asimismo, se recibió el interrogatorio de parte de Elsa Victoria Mena Cardona²⁶.

¹⁶ Folios 78 a 86.

¹⁷ Folios 143 a 144.

¹⁸ Folio 157.

¹⁹ Folios 52 a 60 y 145 a 156.

²⁰ Folios 47 y 51.

²¹ Folios 48 a 49.

²² Folios 61 a 62 y 159 a 161.

²³ Folios 63 a 77.

²⁴ Folio 119.

²⁵ Folio 192.

²⁶ CD folio 256, min. 19:08, Elsa Victoria Mena Cardona dijo que se afilió al ISS en 1980; en abril de 1995, los visitó un asesor y les indicó a los directivos que era mejor pasarse al RAIS, pues, tenía unas ventajas como ser una entidad segura, por lo que, podía estar tranquila para garantizar su pensión, mientras que en el ISS no estaba segura su pensión, incluso la podría perder, ya que, iba a ser liquidada; no le indicaron características; se cambió a OLD MUTUAL como en el 2003, pues, tuvo una visita del asesor de que iba a tener un mejor servicio; se pasó en 2004 a PROTECCIÓN S.A. porque le indicaron que iba a tener un mejor servicio y le iban a tramitar el bono pensional,



Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 05 de abril de 1995, se lee²⁷:

"HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS".

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que PORVENIR S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁸; destacando además, que " ... el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada**"²⁹.

no hizo preguntas porque creía en lo que le estaban diciendo; suscribió los formularios de manera libre y voluntaria; recibiría los extractos, pero, no los entendía; efectuó aportes voluntarios para efectos tributarios.

²⁷ Folio 191.

²⁸CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²⁹CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



Es que, recaía en PORVENIR S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación jubilatoria dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales, que sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

De lo expuesto se sigue, la declaratoria de ineficacia de la afiliación pretendida y, si bien la accionante se cambió a otras administradoras con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, por ende, de las siguientes, en este orden, PROTECCIÓN S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta



individual de Mena Cardona, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada destinados a financiar su eventual prestación de vejez, también debe devolver los costos cobrados por administración, ya que, no procedía su descuento, pues, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de los gastos de administración con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³⁰, en este orden, se confirmará el fallo de primer grado. Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibirlos y actualizar la historia laboral, en consecuencia, en este tema también se confirmará la decisión del *a quo*.

Y, si bien PORVENIR S.A. remitió la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora en su oportunidad a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de devolver los valores cobrados por administración, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna, en este sentido se adicionará la sentencia de primer grado.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³¹, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando las AFP

³⁰ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019.

³¹ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



omiten su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

Finalmente, cumple precisar, que en asuntos de traslado de régimen pensional se han utilizado indistintamente los términos ineficacia o nulidad para significar la ausencia de efecto jurídico del señalado cambio de régimen cuando no se demuestra la existencia de consentimiento informado por el asegurado en lo atinente a las características, ventajas y desventajas entre el RPM y el RAIS.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³², por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la**

³²CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 036 2018 00184 01
Ord. Elsa Victoria Mena Cardona Vs. Porvenir S.A. y otro

prestación jubilatoria. Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto respecto a la ineficacia del traslado, por ello, se confirmará la decisión impugnada y consultada también en este aspecto.

En cuanto a la imposición de costas, con arreglo al artículo 365 del CGP y lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³³, atendiendo que las enjuiciadas fueron parte vencida en el proceso procede su condena, sin que para nada interese el propósito o finalidad de su actuar, pues, simplemente se trata de una determinación del legislador, en la que optó por un criterio simple, sencillo y eminentemente objetivo, el vencimiento de la parte, sin reparar si su comportamiento implica mala fe o temeridad, en este sentido, también se confirmara la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo el fallo apelado y consultado, para en su lugar, **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a remitir a COLPENSIONES los costos cobrados a la actora por administración; a

³³ CSJ, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.



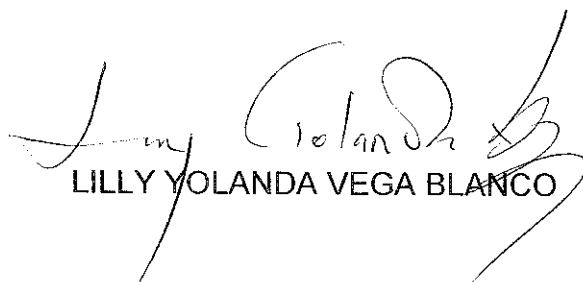
Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

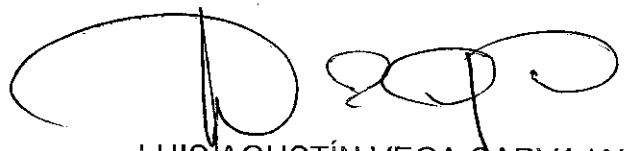
EXPD. No. 036 2018 00184 01
Ord. Elsa Victoria Mena Cardona Vs. Porvenir S.A. y otro

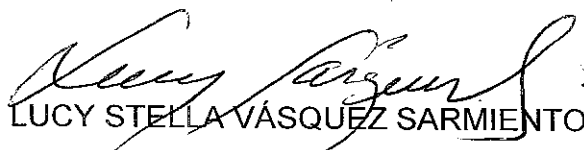
PROTECCIÓN S.A. devolver a la Administradora del RPM los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante, incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la decisión consultada y apelada en lo demás. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Solo voto parcial


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE GERMÁN NAVA GUTIÉRREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. LITIS CONSORCIO NECESARIO OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020), cinco de la tarde (05:00 p.m.), día y hora señalados para llevar a cabo la audiencia, surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión Laboral emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por las administradoras enjuiciadas y el *litis* consorcio necesario, así como el grado jurisdiccional de



consulta a favor de COLPENSIONES respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 17 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El actor demandó ineficacia de su traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A., en consecuencia, se le ordene remitir a COLPENSIONES los aportes; la Administradora del RPM debe aceptarlos y registrar su afiliación, sin solución de continuidad desde 08 de julio de 1984 y; costas.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que el 08 de julio de 1984 se afilió al Instituto de Seguros Sociales – ISS cotizando 502 semanas; a 01 de abril de 1994 se encontraba afiliado al ISS; el 31 de agosto siguiente, se trasladó a PORVENIR S.A., sin que la AFP le informara que el valor de su mesada sería inferior a la que recibiría en el ISS, ni elaboró proyección pensional, además le dijo que no se pensionaría, ya que el ISS se iba a desaparecer, le mencionó que se podía pensionar a cualquier edad, pero, no le explicó la afectación que tendría sobre su mesada y el bono pensional, tampoco le indicó las desventajas del traslado, en este sentido, PORVENIR S.A. le entregó información sesgada y parcializada; el 28 de noviembre de 2007, cumplió 52 años, sin que la AFP le comunicara que podía regresar al RPM antes de entrar a la prohibición legal; ha cotizado 1697 semanas durante toda su vida laboral; los días 12 y 13 de junio de 2018, solicitó a las enjuiciadas la nulidad de su traslado, negada por COLPENSIONES al faltarle diez



años o menos del requisito para pensionarse y, por PORVENIR S.A., pues, carecía de elementos de juicio suficientes para dejar sin efectos la afiliación¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos admitió la reclamación administrativa y su respuesta desfavorable. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, improcedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, genérica².

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. rechazó los pedimentos, en cuanto a las situaciones fácticas admitió la solicitud de nulidad y su respuesta negativa. Presentó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, su buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e, innominada³.

¹ Folios 32 a 48

² Folios 58 a 83.

³ Folios 99 a 106.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 022 2018 00501 01
Ord. Germán Nava Gutiérrez Vs. Colpensiones y otros

Mediante auto de 28 de agosto de 2019, el *a quo* ordenó integrar al contradictorio a OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías S.A. como *litis* consorcio necesario⁴, administradora que al contestar se opuso a la condena en costas y respecto a las demás pretensiones ni se allanaba ni se oponía; en cuanto a los hechos dijo no constarle. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, OLD MUTUAL no participó ni intervino al momento de la selección del régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de vulneración al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales ni similares, siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el actor, prescripción, su buena fe e, innominada⁵.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la nulidad del traslado de Germán Nava Gutiérrez al RAIS, incluidos los cambios dentro del mismo régimen; ordenó a PORVENIR S.A. remitir a COLPENSIONES los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración; a OLD MUTUAL trasladar a la Administradora del RPM los gastos de administración durante el período que estuvo afiliado el actor y; a COLPENSIONES recibirlos y actualizar la historia laboral;

⁴ Folio 139.

⁵ Folios 149 a 156.



declaró no probadas las excepciones propuestas; impuso costas a los fondos enjuiciados⁶.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, las administradoras enjuiciadas interpusieron sendos recursos de apelación⁷.

PORVENIR S.A. en resumen expuso, que la línea jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no aplica al caso, ya que, se trata de beneficiarios del régimen de transición, por ello, no se puede invertir la carga de la prueba; además, los asesores recibían capacitaciones conforme a la ley y directrices de la Superintendencia Financiera, sin que se requiriera una profesión específica, ni guardar la documentación de ese promotor después de tanto tiempo, solo se exigía que el accionante suscribiera el formulario de traslado; tampoco procede la devolución de los gastos de administración al no ser fijada en el litigio, además se desconocería la Ley 100 de 1993, normatividad que dispuso su división entre el fondo de solidaridad, los seguros previsionales y los costos por administración que generaron rendimientos en la cuenta individual del actor, incluso superiores a su cotización, conformando un enriquecimiento sin justa causa.

⁶ CD y Acta de Audiencia, Folios 199 a 202.

⁷ CD folio 200.



OLD MUTUAL en suma arguyó, que los gastos de administración cubren dos costos una póliza de seguro y la administración de la cuenta que genera gastos y, beneficios al accionante, descuentos efectuados con arreglo a la ley, su devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa y un detrimento, asimismo, el fondo no estuvo involucrado en el traslado.

COLPENSIONES básicamente dijo, que conforme al interrogatorio de parte del demandante, su traslado lo hizo de manera libre y voluntaria, siendo la asesoría verbal; Nava Gutiérrez contaba con una mera expectativa, no era beneficiario del régimen de transición, adicionalmente, se encuentra incurso en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003, es decir, no se puede trasladar porque, le faltan menos de 10 años para la edad de pensión, por ello, le negó la solicitud presentada en 2018; tampoco demostró vicios del consentimiento, carga probatoria que le correspondía, adicionalmente el traslado cumplió las normas vigentes para su momento y, si se aplican normatividades inexistentes se afecta la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES; con el análisis de la sana crítica se debe entender que por el paso del tiempo el demandante olvidó apartes de la asesoría brindada.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Germán Nava Gutiérrez estuvo afiliado al Instituto de Seguros sociales de 16 de marzo de 1988 a 31 de julio de 1994 y cotizó 332.71 semanas para los riesgos de



invalidez, vejez y muerte; el 29 de julio de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS administrado por HORIZONTE Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de septiembre siguiente; el 15 de septiembre de 1999, se cambió a SKANDIA Pensiones y Cesantías hoy OLD MUTUAL y; el 14 de mayo de 2002, a PORVENIR S.A.; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas emitido por COLPENSIONES⁸, el reporte de estado de cuenta del afiliado expedido por OLD MUTUAL⁹, los formularios de traslado¹⁰, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹¹, la historia laboral consolidada¹², la constancia de afiliación¹³ y, la relación histórica de movimientos y aportes¹⁴ emitidas por PORVENIR S.A. y, la historia laboral para bono pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁵.

Nava Gutiérrez nació el 28 de noviembre de 1955, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁶.

El 12 de junio de 2018, el accionante solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM¹⁷, negada con oficio de igual calenda, arguyendo que era improcedente al faltarle menos de 10 años para la edad de pensión¹⁸.

⁸ Folios 20 a 22.

⁹ Folios 161 a 168.

¹⁰ Folios 107, 107 vuelto y 163.

¹¹ Folio 108.

¹² Folios 16 a 19 y 131 a 134.

¹³ Folio 119.

¹⁴ Folios 109 a 118 y 119 reverso a 130.

¹⁵ Folios 135 a 136.

¹⁶ Folio 3.

¹⁷ Folio 28.

¹⁸ Folio 29.



El 13 de junio de 2018, el demandante peticionó a PORVENIR S.A. la nulidad de su traslado¹⁹, negada con Comunicación del siguiente día 22, bajo el argumento que su vinculación fue libre y voluntaria como daba cuenta el formulario de afiliación²⁰.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a decidir el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

NULIDAD DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de las AFP²¹; (ii) simulación pensional aportada por el actor²² y; (iii) constancia

¹⁹ Folios 25 a 27.

²⁰ Folios 30 a 31.

²¹ Folios 6 a 15 y 157 a 162.

²² Folios 22 a 24.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 022 2018 00501 01
Ord. Germán Nava Gutiérrez Vs. Colpensiones y otros

emitida por OLD MUTUAL en que informó que el 18 de junio de 2002 trasladó a PORVENIR S.A. \$68'326.884.98 de la cuenta de ahorro individual del actor²³. Y se recibieron los interrogatorios de parte de Germán Nava Gutiérrez²⁴ y el Representante Legal de PORVENIR S.A.²⁵.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por el actor el 29 de julio de 1994, se lee²⁶:

"HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA HORIZONTE S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS AQUÍ REPORTADOS SON VERDADEROS."

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que HORIZONTE Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada al accionante sobre las consecuencias de su traslado a un

²³ Folio 154.

²⁴CD Folio 200, min. 11:13, Germán Nava Gutiérrez al absolver el interrogatorio de parte dijo que en 1994 fueron varias personas a su organización para decirles sobre la nueva modalidad de pensión, fundamentalmente les indicaron que el Seguro Social se iba a acabar y podía perder su dinero y podía perder su dinero, además, en el fondo tenía una cuenta individual y podía disponer del dinero cuando quisiera como una cuenta de banco, creyó en esas bondades y se trasladó a HORIZONTE, la información la recibió en forma individual en su oficina, la información fue verbal y suscribió formulario; los requisitos para pensionarse en el fondo fue que se podía pensionarse en cualquier momento; se cambió a SKANDIA hoy OLD MUTUAL, porque le informaron que podía hacer aportes voluntarios y así estar exentos de tributación, reiteraron la información anterior, luego, se pasó a PORVENIR S.A., en tanto, el fondo anterior era pequeño y no tenía casi soporte económico, entonces, por eso se cambió; fue un promotor de PORVENIR S.A. que le planteó que era una organización fuerte y el dinero le pertenecía, además, era heredable y mantenía las otras condiciones de los otros fondos; se sintió engañado cuando sus compañeros se empezaron a pensionar, además, su pensión sería inferior al ISS, asimismo, que habían otras variables como la edad de su esposa y era heredable si sus hijas tenían una incapacidad, situaciones que no le plantearon; no tiene conocimientos de la rentabilidad, simplemente miraba los extractos que se hubiese efectuado el aporte y hubieran unos rendimientos pequeños; no recuerda si los asesores respondieron las dudas que tenía en su momento, no buscó información adicional; empezó a averiguar sobre su situación pensional a los 61 años de edad., hay le fueron diciendo que como estaba casado le incidía en su pensión, además, su mesada podía decrecer o aumentar conforme a los rendimientos anuales, incluso le dieron un folleto de las 07 modalidades pensionales, pero, le dijeron que solo le podían ofrecer una.

²⁵ CD folio 200, min. 39:38, el Representante Legal de PORVENIR S.A. dijo que para el momento del traslado, tenía una oficina de archivo, no estuvo presente en el momento de la afiliación del accionante, para esa época no existía obligación de hacer proyecciones; el traslado del demandante no generó comisión alguna para el asesor; PORVENIR S.A. y otros fondos publicaron en un diario de amplia circulación que los afiliados podían regresar al RPM en el período de gracia de la Ley 797 de 2003 o, antes de faltarle 10 años para la edad de pensión, pero, no se le informó de manera particular.

²⁶ Folio 107.



fondo privado, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁷; destacando además, que “... el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada**”²⁸.

Es que, recaía en HORIZONTE Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer al afiliado información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o, que efectuó aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación jubilatoria dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables

²⁷CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²⁸CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 022 2018 00501 01
Ord. Germán Nava Gutiérrez Vs. Colpensiones y otros

que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales, que, sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, él optó por el cambio de régimen.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

De lo expuesto se sigue, la declaratoria de ineficacia de la afiliación pretendida y, si bien el accionante se cambió a otra administradora con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, por ende, de la siguiente, en este orden, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Nava Gutiérrez en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen al afiliado destinados a financiar su eventual prestación de vejez, también debe devolver los costos cobrados por administración, ya que, no procedía su descuento, pues, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de los gastos de administración con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁹, en este orden, se confirmará el fallo de primer grado. Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibirlos y actualizar la historia laboral, en consecuencia, en este tema también se confirmará la decisión del *a quo*.

²⁹ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019.



Y, si bien OLD MUTUAL remitió la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual del actor en su oportunidad a PORVENIR S.A., esta situación no la exime de devolver los valores cobrados por administración, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía descuento de suma alguna, en este sentido se confirmará la condena impuesta.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado del accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³⁰, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando las AFP omiten su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos

³⁰ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 022 2018 00501 01
Ord. Germán Nava Gutiérrez Vs. Colpensiones y otros

y practicable³¹, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el presente asunto, en que el convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria**. Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada en este aspecto. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia impugnada y consultada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

³¹CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.

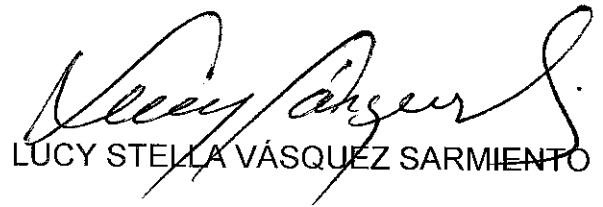


Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 022 2018 00501 01
Ord. Germán Nava Gutiérrez Vs. Colpensiones y otros



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE JUANITA DE BRIGARD CARO CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y, OLD MUTAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020), cinco de la tarde (05:00 p.m.), día y hora señalados para llevar a cabo la audiencia, surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión Laboral emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la demandante, revisa la Corporación el fallo de fecha 17 de enero de 2020, proferido por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

La actora demandó ineficacia de su traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL, así como su derecho de regresar al RPM, en consecuencia, se ordena a OLD MUTUAL remitir sus aportes a COLPENSIONES, Administradora que debe aceptarlos y registrar su afiliación sin solución de continuidad desde 10 de agosto de 1995 y; costas.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que el 10 de agosto de 1995 se afilió a PORVENIR S.A., AFP que omitió informarle que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS, ni le proyectó su mesadas pensional, además le dijo que el ISS se iba a acabar, que se podía pensionar a cualquier edad, sin explicarle la afectación que ello tendría en su mesada pensiones y bono pensional, tampoco le indicó las desventajas de la afiliación, en este sentido, le suministró información sesgada y parcializada; el 22 de agosto de 2010 cumplió 47 años de edad, sin que COLFONDOS S.A. le indicara que podía trasladarse al RPM antes de entrar en la prohibición legal; se encuentra afiliada a OLD MUTUAL; ha cotizado 1114 semanas durante toda su vida laboral; los días 08 y 14 de noviembre de 2018, solicitó la invalidación de la afiliación, negada por COLPENSIONES por improcedente al faltarle diez años o menos para pensionarse y por PORVENIR S.A., porque estaba vinculada a otro fondo¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ Folios 2 a 17 y 92, así como su reforma folios 206 a 223.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó su afiliación al RAIS y, la solicitud de anulación con respuesta negativa. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, su buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e, innominada².

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES rechazó los pedimentos, respecto a las situaciones fácticas admitió la reclamación administrativa con respuesta negativa. Presentó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, su buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas, improcedencia de costas para instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, genérica³.

COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías se opuso a las pretensiones, respecto a los hechos dijo no constarle o no ser ciertos. En su defensa propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, su buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad en la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a

² Folios 118 a 127 y 259 a 282.

³ Folios 224 a 248 y 314 a 322.



cargo exclusivo de un tercero, nadie puede ir contra sus propios actos y, genérica⁴.

OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías S.A. rechazó los pedimentos, respecto a las situaciones fácticas admitió la afiliación al sistema general de pensiones, las semanas cotizadas durante toda la vida laboral y, que la actora está afiliada a esa AFP. Presentó las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de cusa e inexistencia de la obligación, su buena fe y, genérica⁵.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento absolvió a las administradoras demandadas e, impuso costas a la accionante⁶.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la convocante a juicio interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que no existió falta de diligencia de su parte, pues, no le informaron la posibilidad de trasladarse al RPM, ni cuáles eran las características de ese régimen, tampoco le refirieron la posibilidad de trasladarse antes que le faltaran 10 años para pensionarse o en el período de gracia de la Ley 797 de

⁴ Folios 153 a 165 y 339 a 353.

⁵ Folios 174 a 189 y 283 a 299.

⁶ CD y acta de audiencia, folios 382 a 383 y 410.



2003; adicionalmente, los fondos tienen la obligación de entregar la información completa, veraz y comprensible sin que en el asunto ello se demostrara; si bien podía retirar los saldos de su cuenta con el salario que tenía al momento de la vinculación inicial, si continuara con el salario de la época ni siquiera tendría la posibilidad de pensionarse, por ende, el RAIS no es más beneficioso; en cuanto a la sostenibilidad financiera, si estuviera afiliada en el RPM tendría derecho a una pensión con los mismos aportes, además, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia disponen la ineficacia de la afiliación por no brindar la información completa e incumplir el deber del buen consejo, carga de la prueba que incluso se transfiere al fondo⁷.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que el 10 de agosto de 1995 Juanita De Brigard Caro se afilió al RAIS administrado por PORVENIR S.A., efectivo a partir del día 01 de los referidos mes y año; el 29 de abril de 1998 se cambió a ING Pensiones y Cesantías; el 01 de febrero de 2000, a PORVENIR S.A.; el 27 de marzo de 2006 a COLFONDOS S.A.; el 27 de febrero de 2009, a SKANDIA Pensiones y Cesantías hoy OLD MUTUAL; el 09 de octubre siguiente, a COLFONDOS S.A.; el 15 de junio de 2011, a OLD MUTUAL; el 30 de octubre de 2013, a COLFONDOS S.A. y, el 20 de abril de 2015, regresó a OLD MUTUAL; situaciones fácticas que se infieren de los formularios de traslado⁸, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS⁹, la relación histórica de

⁷ CD Folio 382.

⁸ Folios 128, 129, 190, 191, 192 a 193, 300, 301, 302 a 303, 324, 325, 356 y 357.

⁹ Folios 130 a 131, 166, 326 a 327 y 354 a 355.



aportes y movimientos emitida por PORVENIR S.A.¹⁰, la historia laboral consolidada¹¹ y, el estado de cuenta¹² expedidos por OLD MUTUAL.

De Brigard Caro nació el 22 de agosto de 1963, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹³.

El 08 de noviembre de 2017 la accionante solicitó a COLPENSIONES su afiliación¹⁴, negada con Oficio de igual calenda, bajo el argumento que le faltaban menos de 10 años para la edad de pensión¹⁵.

El 14 de noviembre de 2017 la demandante petitionó a PORVENIR S.A. la invalidación de su afiliación y su traslado al RPM¹⁶, recibiendo respuesta con Comunicación de 05 de diciembre siguiente, que la petición se debía presentar a COLFONDOS S.A., quien en marzo de 2006 le solicitó el traslado de aportes¹⁷.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a decidir el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

¹⁰ Folios 132 a 140 y 328 a 336.

¹¹ Folios 74 a 80, 199 a 202 y 310 a 313.

¹² Folios 194 a 198 y 304 a 309.

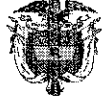
¹³ Folio 21

¹⁴ Folio 84.

¹⁵ Folio 85.

¹⁶ Folios 86 a 87.

¹⁷ Folio 88.



NULIDAD DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes (i) certificado de existencia y representación legal de las enjuiciadas¹⁸; (ii) simulación pensional aportada por la actora estimando su mesada pensional en \$2'098.611.00 en el RAIS a los 58 años de edad y en \$7'317.940.00 en el RPM a igual edad¹⁹; (iii) constancia de traslado de aportes emitida por PORVENIR S.A., informando que remitió a COLFONDOS S.A. \$33'059.341.00²⁰; (iii) reporte de semanas cotizadas elaborado por COLPENSIONES que refiere afiliado sin registro histórico²¹ y; (iv) CD expediente administrativo²². Además, se recibió el interrogatorio de parte de Juanita De Brigard Caro²³ y de la

¹⁸ Folios 24 a 73 y 93 a 96.

¹⁹ Folios 81 a 83.

²⁰ Folio 127.

²¹ Folios 249 a 252.

²² Folio 248.

²³ CD folio 383, min. 14:14, Juanita De Brigard Caro dijo que es administradora de empresas, para su afiliación a PORVENIR S.A., ella empezó a trabajar por primera vez y el asesor le indicó mire estas son las nuevas formas de pensiones, porque, el ISS se acaba, además, tiene mejores ventajas, las razones para afiliarse fue porque entraba a trabajar y firmó, no hizo preguntas porque le parecía correcto lo que le estaban diciendo; no ha recibido información adicional, ni extractos de PORVENIR S.A.; no conoce la publicación de 2004 sobre la posibilidad de trasladarse al RPM; en este momento, si conoce como funcionan las AFP desde hace 03 años, que su empleador les dio una charla para los que estaban cerca de pensionarse y así verificaran como estaban al respecto, ella contrató a unos abogados quienes les explicaron las diferencias; se pasó a OLD MUTUAL, ya que, el esposo de una amiga le dijo que se pasará y ella se cambió, pues, le explicó que no pasaba nada más y que tenían una página mejor; recibe desde hace poco los extractos, ella solo mira que entren sus aportes y ya;



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 038 2018 00275 01
Ord. Juanita De Brigard Caro Vs. Porvenir S.A. y otros

Representante Legal de PORVENIR S.A.²⁴.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 10 de agosto de 1997, se lee²⁵:

“HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, ASI COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIEN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”.

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que PORVENIR S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su afiliación a un fondo privado, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de

ha tenido múltiples visitas de los fondos, solo le dicen que le prestarían un mejor servicio, pero, nada más; no se acercó a OLD MUTUAL para obtener información o resolver dudas

²⁴ CD folio 383, min. 08:30, la Representante Legal de PORVENIR S.A. dijo que se efectuaron varias visitas por la AFP la lugar de trabajo de la actora; la solicitud de proyección se expedía si el afiliado solicitaba, además, ellos cuentan con canales de comunicación, donde se podían comunicar; no se tienen otros documentos adicionales que el formulario de afiliación.

²⁵ Folio 324.



la jurisdicción ordinaria²⁶; destacando además, que “... el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada**”²⁷.

Es que, recaía en PORVENIR S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de afiliación al RAIS, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación jubilatoria dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales, igualmente, debió explicarle la existencia de otro régimen pensional como es el RPM y las características propias de éste, que sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por afiliarse al RAIS.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de

²⁶CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²⁷CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 038 2018 00275 01
Ord. Juanita De Brigard Caro Vs. Porvenir S.A. y otros

orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

Cabe precisar, que el deber de información para afiliados o usuarios del sistema pensional por las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la **opción de elegir libre y voluntariamente aquel régimen que más le convenga**, asumiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que acoja sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita **escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales**, de tal forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones²⁸.

De lo expuesto se sigue, la declaratoria de ineficacia de la afiliación pretendida y, si bien la accionante se cambió a otras administradoras con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, por ende, de las siguientes, en este orden, OLD MUTUAL debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual De Brigard Caro, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada destinados a financiar su eventual prestación de vejez, también

²⁸ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL4360 de 09 de octubre de 2019.



debe devolver los costos cobrados por administración, ya que, no procedía su descuento, pues, la ineficacia de la afiliación lleva implícita la devolución de los gastos de administración con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁹, en este orden, se revocará el fallo de primer grado.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir los dineros remitidos y vincular a De Brigard Caro, en tanto, con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993 el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, por ende, al declararse la ineficacia de la afiliación a uno de ellos, la convocante **debe** pertenecer al otro, para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, atendiendo además el principio de universalidad del sistema y la obligatoriedad de su afiliación en los términos de los artículos 2 literal b) y 15 numeral 1º *ibídem*. En adición a lo anterior, la ineficacia de afiliación de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³⁰, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto la afiliación al RAIS cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación inicial.

²⁹ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019.

³⁰ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



Y, si bien PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. remitieron la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora en su oportunidad a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no las exime de devolver los valores cobrados por administración, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía descuento de suma alguna, en este sentido también se impondrá condena.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia de la afiliación al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³¹, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia de la afiliación al RAIS por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria**. Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto respecto a la ineficacia del traslado.

Costas de primera instancia a cargo de las AFP enjuiciadas. No se causan en la alzada.

³¹CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada, para en su lugar, **DECLARAR** ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad de Juanita De Brigard Caro, efectuada a través de PORVENIR S.A. y sus posteriores cambios a COLFONDOS S.A. y OLG MUTUAL, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración cobrados a la demandante y, a OLD MUTUAL a remitir a la Administradora del RPM todos los valores que se encuentren en la cuenta individual de la actora como cotizaciones, rendimientos causados y, costos cobrados por administración.

TERCERO.- ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros remitidos por las AFP y, vincular a la convocante.

CUARTO.- DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

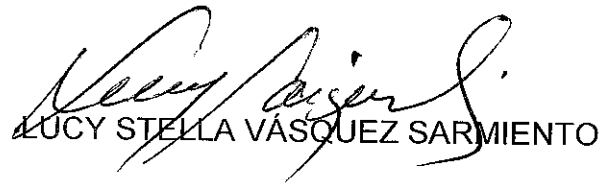
QUINTO. - Costas de primera instancia a cargo de las AFP enjuiciadas. No se causan en la alzada.



NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE ENRIQUE JOSÉ ROMERO GUZMÁN CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020), cinco de la tarde (05:00 p.m.), día y hora señalados para llevar a cabo la audiencia, surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión Laboral emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, revisa la



Corporación el fallo de fecha 12 de junio de 2020, proferido por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El actor demandó nulidad de su traslado al RAIS a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y su cambio a PORVENIR S.A., en consecuencia, se ordene a COLPENSIONES tenerlo como afiliado, sin solución de continuidad, costas, ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 08 de junio de 1954; el 01 de junio de 1999 se trasladó a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., AFP que no le brindó información completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas del RPM y del RAIS, tampoco estudió su situación particular; el 09 de abril de 2002 se cambió al BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; el 23 de febrero de 2018 ésta AFP elaboró su simulación pensional estableciendo que su mesada en el RAIS sería de \$1'264.900.00; en el RPM equivaldría a \$3'951.166.00; durante toda su vida laboral, 24 de enero de 1983 a 31 de diciembre de 2017, ha cotizado 1427 semanas; el 20 de junio de 2018, solicitó a COLPENSIONES la nulidad de su traslado, sin obtener respuesta¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ Folios 2 a 6.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la calenda de nacimiento del demandante, el cambio de AFP y, la simulación pensional. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, su buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y, genérica².

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES rechazó los pedimentos, respecto a las situaciones fácticas admitió la fecha de nacimiento del actor, el traslado, el cambio de AFP, la simulación pensional, las semanas cotizadas durante toda la vida laboral y, la solicitud de nulidad de traslado. Presentó las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y, genérica³.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. presentó oposición a los pedimentos, en cuanto a los hechos aceptó la calenda de nacimiento del accionante y el traslado. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, su buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de la totalidad de los aportes a PORVENIR S.A., inexistencia de la obligación de devolver cuotas de administración por falta de causa y, genérica⁴.

² Folios 137 a 144.

³ Folios 56 a 63.

⁴ Folios 85 a 99.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró ineficaz la afiliación de Enrique José Romero Guzmán al RAIS, a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., así como su traslado a HORIZONTE Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., en consecuencia, ordenó a ésta AFP remitir a COLPENSIONES los recursos de la cuenta de ahorro individual con rendimientos y demás que se encuentren allí; la Administradora del RPM debe reactivar la afiliación como si nunca se hubiese trasladado, recibir los dineros y acreditar la semanas cotizadas en la historia laboral; sin imponer costas⁵.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que el accionante es un ingeniero industrial, tiene conocimientos y nivel formativo, entonces, podía entender la información brindada por COLMENA al momento del traslado, adicionalmente, sí recibió información de la AFP, pues, en la demanda y la declaración extra juicio manifestó que le explicaron las ventajas, entonces, existe una confesión sobre el consentimiento informado, asimismo, para 1999 no existía una norma específica sobre cuál información debía brindar, ni para elaborar una proyección o comparativo pensional, en este orden, sí cumplió la obligación legal que correspondía como era diligenciar el formulario de traslado, de otra parte, no se puede tener en cuenta lo dicho por el accionante en el

⁵ CD y acta de audiencia, folios 167 y 230 a 232.



interrogatorio de parte, en tanto, fue contradictorio al principio indicó que no recordaba, luego, dijo que le habían informado sobre la pensión anticipada y variación de la mesada que podía ser superior o igual al ISS, entonces, solo se puede tener en cuenta lo reconocido; en cuanto a la carga de la prueba, existe libertad probatoria y, en el caso se demostró con el interrogatorio de parte y el formulario suscrito, adicionalmente, la confianza legítima no se vulnera por cumplir la totalidad de expectativas del convocante, ya que, los fondos se rigen por la normatividad establecida y la sostenibilidad financiera⁶.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Enrique José Romero Guzmán estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales - ISS de 05 de septiembre de 1991 a 30 de septiembre de 1994, aportando 130.71 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, de manera interrumpida a través de varios empleadores; el 01 de junio de 1999, solicitó su traslado al RAIS administrado por Cesantías y Pensiones COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A., efectivo a partir de 01 de agosto siguiente; el 09 de abril de 2002, se cambió a BBVA HORIZONTE Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A.; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas emitido por COLPENSIONES⁷, la historia tradicional periodo 1967 – 1994 expedida por el Instituto de Seguros Sociales – ISS⁸, los formularios de traslado⁹, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹⁰, el reporte de estado de

⁶ CD Folio 167.

⁷ Folios 19 a 20.

⁸ Folio 21.

⁹ Folios 11, 12, 111 y 148.

¹⁰ Folios 112, 145 y 147.



cuenta emitido por PROTECCIÓN S.A.¹¹, la certificación de afiliación¹², la relación histórica de aportes y movimientos¹³ y, la historia laboral consolidada¹⁴ expedidas por PORVENIR S.A. y, la historia laboral para bono pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁵.

Romero Guzmán nació el 08 de junio de 1954, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁶.

El 20 de junio de 2018, el accionante solicitó a COLPENSIONES la nulidad de su traslado¹⁷.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a decidir el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

NULIDAD DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y

¹¹ Folios 113 a 116.

¹² Folio 146.

¹³ Folios 152 a 163.

¹⁴ Folios 16 a 18.

¹⁵ Folios 149 a 151.

¹⁶ Folio 9.

¹⁷ Folio 14.



coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes (i) certificados de existencia y representación legal de las AFP¹⁸; (ii) proyección pensional aportada por el actor¹⁹; (iii) simulación pensional emitida por PORVENIR S.A. de 23 de febrero de 2018, indicando que la mesada pensional del demandante sería de \$1'264.900.00 en el RAIS a los 63 años de edad²⁰; (vi) CD expediente administrativo²¹ y; (v) declaración extra juicio de Enrique José Romero Guzmán, indicando que los asesores de PROTECCIÓN S.A. se acercaron a las instalaciones de Eagle High Quality Ltda., le dijeron que se podía pensionar antes de lo previsto con el valor de la mesada del RPM, la devolución de su dinero sino se podía pensionar y, que el RPM iba a quebrar²². Asimismo, se recibieron los interrogatorios de parte de Enrique José Romero Guzmán²³ y, la Representante Legal de PROTECCIÓN S.A.²⁴.

¹⁸ Folios 23 a 43.

¹⁹ Folios 45 y 48 a 49.

²⁰ Folios 46 a 47.

²¹ Folio 64.

²² Folios 51 a 52.

²³ CD folio 167, min. 26:10, Enrique José Romero Guzmán dijo que es Ingeniero Industrial, el 01 de junio de 1999, trabajaba para una empresa privada y a raíz de la Ley 100 de 1993, se recibieron varias visitas de los asesores de diferentes fondos que duraron de 05 a 10 minutos, entre ellos, COLMENA, quien le dio una asesoría individual de 10 a 20 minutos, la asesora fue más avasallante y casi que la firma fue obligatoria, le indicaron que el ISS se iba a acabar, aunque no recuerda mucho, pero, la charla se limitó a la crisis del ISS y a qué se iba a poder pensionar con una mesada mayor o igual que en el ISS o que se podía pensionar en un tiempo inferior; no entendió que su pensión dependía del capital acumulado; el asesor diligenció el formulario con los datos que le iba dando, no le dieron una información precisa sobre sus beneficiarios, tampoco preguntó sobre que iba a pasar con las semanas del ISS; luego, en el 2002, se pasó al BBVA HORIZONTE, porque, había una mejor acompañamiento y asesoría que la que le habían dado, no realizó trámite para averiguar su situación, PORVENIR S.A. le volvió a vender que el ISS se iba acabar y pensionarse anticipadamente, no le indicaron sobre los rendimientos, tampoco le enviaron extractos pensionales, solo en una oportunidad que él se acercó a pedirlo; además, hubo injerencias del empleador que tenía una cuenta en ese banco; su inconformidad está dada porque lo que le plantearon no fue veraz, además, que esperaba que su futuro al dejar de trabajar fuera bueno; básicamente empieza a averiguar, en tanto, su empleador le dijo que ya tenía requisitos cumplidos para pedir la pensión, entonces, también se da cuenta que sus compañeros se estaban recibiendo una pensión de un millón de pesos.

²⁴ CD folio 167, min. 23:04, la Representante Legal de PROTECCIÓN S.A. dijo que no puede decir expresamente si al demandante se le brindó la información completa, sin embargo, dentro de las políticas de COLMENA se debía explicar las características del régimen



Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por el demandante el 01 de junio de 1999, se lee²⁵:

“DE ACUERDO CON EL DECRETO 692 DE 1994 ARTÍCULO 11, HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”.

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada al accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁶; destacando además, que “... el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida** se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor a la entidad demandada”²⁷.

pensional; no estuvo presente en el momento del traslado, pero, cree que de manera verbal se le debió al accionante hacer un comparativo; para la calenda el traslado solo era obligación suscribir el formulario de traslado o de afiliación.

²⁵ Folio 111.

²⁶CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²⁷CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



Es que, recaía en COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer al afiliado información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación jubilatoria dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales que, sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, él optó por el cambio de régimen.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

De lo expuesto se sigue, la declaratoria de ineficacia de la afiliación pretendida y, si bien el accionante se cambió a otra administradora con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, por ende, de la siguiente, en este orden, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Romero Guzmán, en los términos señalados por el *a quo*, con los



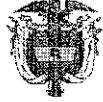
rendimientos causados, pues, pertenecen al afiliado destinados a financiar su eventual prestación de vejez, también debe devolver los costos cobrados por administración, ya que, no procedía su descuento, pues, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de los gastos de administración con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁸, en este orden, se adicionará el fallo de primer grado. Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibirlos y actualizar la historia laboral, en consecuencia, en este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

Y, si bien PROTECCIÓN S.A. remitió la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual del actor en su oportunidad a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de devolver los valores cobrados por administración, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna, en este sentido también se adicionará el fallo apelado y consultado.

En adición a lo anterior, cabe señalar, que la ineficacia de traslado del accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión²⁹, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando las AFP

²⁸ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019.

²⁹ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



omiten su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

Finalmente, cabe precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, adoptando una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, la condición de ingeniero industrial del accionante no eximía a PROTECCIÓN S.A. de la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN



La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³⁰, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que el convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria**. Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión impugnada y consultada también en este aspecto. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral primero de la sentencia consultada y apelada, para en su lugar, **DECLARAR** ineficaz la afiliación efectuada por Enrique José Romero Guzmán al RAIS, a través de COLMENA AIG

³⁰CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

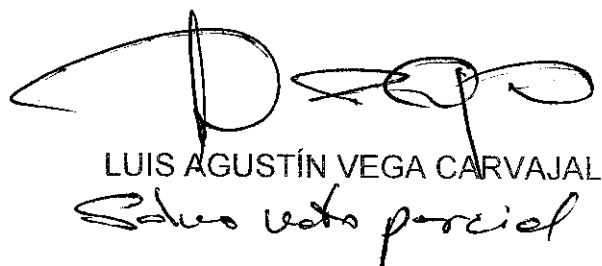
EXPD. No. 015 2018 00729 01
Ord. Enrique José Romero Guzmán Vs. Porvenir S.A. y otros

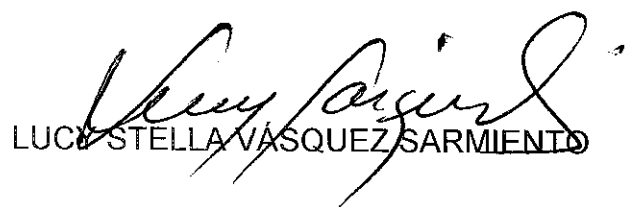
hoy PROTECCIÓN S.A., así como el traslado posterior a PORVENIR S.A., en consecuencia, **ORDENAR** a PROTECCIÓN remitir a COLPENSIONES los costos cobrados por administración; a PORVENIR S.A. devolver a la Administradora del RPM los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual con los rendimientos, demás sumas depositadas y, los gastos de administración; a COLPENSIONES reactivar su afiliación al RPM como si nunca se hubiese traslado, recibir los dineros enviados y acreditar las semanas en la historia laboral, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la decisión impugnada y consultada en lo demás. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Salvo voto parcial


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO