



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 36-2018-00634-01

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: CLAUDIA DEL PILAR VELEZ DE LA CALLE
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 en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de abril de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandada Colpensiones (fls.1 expediente digitalizado) y AFP Porvenir S.A. (fls. 1 expediente digitalizado) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 21 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Claudia Del Pilar Vélez De La Calle instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA y Colpensiones, debidamente sustentada como

aparece a folios 1 (01.expediente digitalizado 2018-00634.pdf) y a folios 164 (01.expediente digitalizado 2018-00634.pdf) con reforma de demanda, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual administrado por AFP Porvenir S.A., de la señora Claudia Del Pilar Vélez De La Calle, y que como consecuencia de lo anterior se ordene a esa entidad trasladar todos los aportes realizados por la demandante desde el dos (2) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999), donde se incluyan todos los frutos, rendimientos e intereses generados los cuales se estiman hasta la fecha de interposición de esta demanda, en una suma de trescientos setenta y siete millones doscientos veintiséis mil seiscientos noventa y cuatro pesos m/cte (\$377.226.694), más los que se generen hasta cuando finalmente se ordene su traslado a Colpensiones.
2. Que como consecuencia de la anterior declaratoria se ordene a Colpensiones a realizar el traslado de la demandante y a recibir los aportes pensionales realizados por ella, para que sea Colpensiones quien finalmente pague su Pensión de Vejez.
3. Que se condene a la administradora del Fondo de Pensiones – Porvenir S.A., al pago de los perjuicios causados a la señora Vélez, tasados en un valor igual al de las mesadas que le corresponderían en el régimen de prima media con prestación definida, es decir de seis millones ochocientos ocho mil ochocientos cincuenta y cuatro pesos m/cte., (\$6.808.854), desde la fecha en que cumplió la edad para pensionarse, como es el día once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017), con sus respectivos intereses de mora liquidados a la tasa máxima legal permitida por la superintendencia financiera, que a la fecha de interpuesta esta demanda sumarían ciento cincuenta un millones cuatrocientos ochenta mil cuarenta y siete pesos (\$151.480.047). más los que se generen, hasta la fecha en que finalmente pueda recibir su pensión de jubilación por vejez.
4. Se ordene a Colpensiones Aceptar el traslado de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Porvenir y que como consecuencia de lo anterior se ordene a reintegrar a la señora Claudia del Pilar Vélez de la Calle.
5. Se ordene a Colpensiones recibir de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Porvenir S.A., todas y cada una de las cotizaciones realizadas para pensiones a nombre de la señora Claudia del Pilar Vélez de la Calle a favor del régimen de ahorro individual, desde el dos (2) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999) hasta la fecha que

se realice su retorno definitivo a Colpensiones, con la indexación pertinente e intereses de mora.

6. Ordenar a Colpensiones que proceda a recibir por parte de Porvenir S.A., la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, en caso que resulte inferior al monto del aporte legal correspondiente, si hubiese permanecido en el régimen de prima media, se ordene a Colpensiones se otorgue la oportunidad en tiempo prudencial para que cancele dicha diferencia.
7. Ordenar el reconocimiento de la pensión de jubilación de vejez a la que tiene derecho la demandante
8. Se condene a Colpensiones a pagar los perjuicios materiales y morales causados a la demandante tasados en una suma de ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
9. De conformidad con los poderes ultra y extra petita, solicito al señor Juez para que condene a la demandada en aquellas sumas mayores y conceptos que se hallaren probados no solicitados en la presente demanda, de acuerdo al artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.
10. De conformidad con los poderes ultra y extra petita, insto al señor Juez para que condene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS - PORVENIR, en aquellas sumas mayores y conceptos que se hallaren probados no solicitados en la presente demanda, de acuerdo al artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.
11. Se condene en costas procesales y agencias en derecho a las demandadas

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: AFP Porvenir SA (fls 125 del "01.expediente digitalizado 2018-00634.pdf). de acuerdo al Auto del 22 de enero del 2019. Y Colpensiones (fls 172 del "01.expediente digitalizado 2018-00634.pdf) de acuerdo al auto del 22 de octubre de 2019, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 36 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 22 de abril de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por la señora Claudia Del Pilar Vélez De La Calle, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro

individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1º. de octubre de 1999 a la AFP Porvenir S.A. **CONDENÓ** a la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a La Administradora Colombiana De Pensiones –Colpensiones-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra. **CONDENÓ** a Colpensiones a reconocer y pagar a la señora Claudia Del Pilar Vélez De La Calle la pensión de vejez, de acuerdo con la Ley 797 de 2003, a partir de la data en que se desafilie del sistema, con una mesada adicional por año y los incrementos legales correspondientes. **DECLARÓ** no probada la excepción de prescripción. **ABSOLVIÓ** a Colpensiones y a Porvenir S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra. **CONDENÓ** en costas a Porvenir S.A. con la suma de \$900.000 a título de agencias en derecho. **SOLICITÓ** remitir para que se surta el grado jurisdiccional de consulta con el superior en favor de la Administradora Colombiana De Pensiones –Colpensiones-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S

RECURSO DE APELACIÓN

APELACIÓN PARTE DEMANDADA PORVENIR S.A

Manifiesta que interpone recurso de apelación contra la sentencia inmediatamente emitida en los siguientes términos:

Se encuentra en desacuerdo en la totalidad de la Sentencia, teniendo en cuenta que se da por demostrado sin estarlo que el fondo no le dio la información a la demandante, considera que, respecto del estudio particular del caso de la misma demandante, no fue estudiado de esa manera central como ha debido emitirse. En primer lugar, porque hay un asunto muy importante y partiendo de que en la Sentencia se toma y se parte de la Sentencia 31989 y es de aclarar que esta Sentencia no ha sido reiterativa y tampoco es el caso para la demandante, pues de esa sentencia 31989 de la cual se impetra en las consideraciones de esta Sentencia, debe decirse que el caso no son los hechos facticos que alega la parte demandante, están lejos, porque para esa sentencia, la 31989, debe decirse y reiterarse que el demandante de esa sentencia, tenía una expectativa legítima cuando fue trasladado, tenía una provisional legal, se encontraba a un año de obtener este derecho pensional, por tanto, se encontraron pruebas verdaderamente donde se demostraba ese vicio del consentimiento alegado en ese proceso, para el caso que nos compete, que es el caso de la demandante, la demandante no tenía ninguna expectativa legítima, de hecho, se encontraba a más de 20 años de planear

este derecho pensional, no se trasladó cuando tenía una provisión legal, tenía la libertad de escogencia como lo establece el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

De otro lado, manifiesta que como ya lo indicó, no tenía ninguna expectativa legítima, no se podía establecer claramente para la fecha cuál iba ser su mesada pensional, de hacerse pues es algo efímero porque no es posible pretender que después de 25 años de que la demandante se vincule a Porvenir SA, para ese momento ya se tuviese establecido cual iba a ser su derecho pensional. Ahora, de haberse establecido en ese momento, es muy posible que hubiesen cambiado esos parámetros en que ahí es claro que han establecido modificaciones legales en la normal de la ley 100 de 1993, eso es claro y queda demostrado, es de conocimiento público.

También sustenta que, podemos encontrar las condiciones mínimas de la forma pensional o el salario de la demandante, entonces eso no nos arriba a que verdaderamente la representada la hubiese engañado, más bien acá son unas expectativas que la demandante tomó después cuando se acuerda que ya se iba a pensionar, de hecho, si observamos cuales fueron los deberes en este caso que ejerció la demandante fuera de sus obligaciones como afiliado, queda demostrado que ninguna, de hecho, fue negligente, no le importó su derecho pensional pues decía que ella andaba muy ocupada.

Entonces considera que no se toma el mismo racero y considero que se invierte la carga de la prueba de manera automática con consideración a la jurisprudencia y considera que por eso no se estudia el caso específico de la demandante y se obliga la representada a que de manera imposible tuviera documentales, aún cuando es claro que las modificaciones y la creación de normas y exigencias de la asesoría se dio después del año 2014, por tanto, acá se está atentando con la seguridad jurídica.

Ahora bien, sustenta la apoderada que, fuera del caso, deviene la condena sin reparo alguno, no se toma en cuenta que la demandante durante la vinculación que ha tenido con mi representada, y es prueba que no se puede desvirtuar en el proceso, es que a la demandante se le han cubierto los riesgos de invalidez y sobrevivencia y ese es un asunto que no se puede desvirtuar.

Resalta que, la sentencia dice que se descuentan los gastos de administración pues la AFP no puede beneficiarse con ellos, beneficiarse en qué sentido si eso es un dinero que la administradora ha pagado desde luego y se olvida que la demandante verdaderamente es la que se está beneficiando en este momento, toda vez que se encuentra vinculada dice el apelante, sustenta que de hecho es importante traer a

colación muchos casos, infinidad de casos que se han dado, donde lamentablemente fallece el afiliado y ¿qué hacen sus beneficiarios? como les parece mejor y les es más favorable que en el Régimen De Prima Media, optan por hacer esa devolución de dinero cuando por ejemplo no hay esposa pero sus herederos si piden todos estos dineros encontrados en la cuenta del afiliado, entonces ahí si no decimos y no siguen sus beneficiarios con el proceso sino más bien solicitan:

1. Primero, Si es a hijos o beneficiarios, en ese caso la esposa, solicita el reconocimiento pensional que es igual y no cambia en el Régimen De Prima Media
- o 2. En segundo lugar, solicitan la devolución de todos estos dineros encontrados en su cuenta de ahorros del afiliado o causante. Así que considera, que tenía que hacerse un estudio específico, pero ahí no lo hay.

Ahora, la apoderada sustenta que la demandante tenía una obligación en este proceso porque tenemos la sentencia del año pasado de la Corte Suprema de Justicia donde refirió que el afiliado que solicitara esta nulidad de la afiliación y alegara que Porvenir SA le dijo que iba a tener una mejor pensión, ese hecho debía demostrarlo, así que no es tan cierto como se dijo en las consideraciones de esta sentencia que automáticamente la carga de la prueba se convierte a favor del demandante y queda en cargo de Porvenir. ¿Por qué? Porque la demandante alega un hecho, de hecho, no hay ni prueba, ni esfuerzo mínimo probatorio alguno, parece que fuera un proceso donde simplemente se hacen unas manifestaciones y ya con ello de contera, de hecho, la demandante misma dijo que iba a traer a la secretaria, pero le dijeron que no era necesario porque presuntamente ya la parte demandante tenía presente que iba a ganar este proceso sin esfuerzo probatorio alguno, entonces, no es posible que atendiendo este caso como un proceso Ordinario Laboral donde precisamente es un proceso declarativo donde debe haber esa demostración de los hechos, se convierta simplemente en que, como alegan una nulidad de afiliación y como dice según el afiliado desconocerlo, porque precisamente la parte demandante alega ese desconocimiento. De hecho, en su interrogatorio de parte llega al punto de ser tan efímero y tan exagerada su posición de que dice que no conoce ni siquiera las condiciones pensionales del Régimen De Ahorro Individual, dice que no las conoce, que solamente conoce que va a tener una mejor pensión, pero observemos que las condiciones pensionales de uno u otro régimen son diferentes y tenemos muchas diferencias para los dos regímenes y no podemos decir que el uno no favorezca. De hecho, por eso informaba que los mismos beneficiarios, los mismos herederos de un proceso cuando muere un afiliado en trámite de un proceso de nulidad, optan por solicitar la pensión o la devolución de estos dineros, entonces no es tan cierto, manifiesta la apoderada

También manifiesta que, así mismo ya han existido varias sentencias de juzgados para el caso que ya la misma Corte ha manifestado que cuando la parte demandante alegue un perjuicio, en este caso que le iba a prometer una mejor pensión, pues la parte demandante ha debido demostrar ese hecho fáctico y no es tan cierto que la carga de la prueba se vaya a favor de la demandante y que deba Porvenir SA demostrar hechos que sucedieron desde el año de 1999, esto es un imposible cuando el tiempo ya ha pasado, la asesoría no es posible traer testimoniales después de tanto tiempo por parte de mi representada, más aun cuando tiene multitud de afiliados. Entonces es imposible y por eso es que se está violando la seguridad jurídica desde el momento de la creación de la misma ley 100 y obligar al fondo a allegar documentales adicionales que no existían.

Sustenta entonces, que no está demostrado ese perjuicio de la parte demandante, así como tampoco está demostrado que el fondo le hubiera informado que iba a tener una mejor pensión, ahora, se cae de su peso que la demandante diga que es que le dijeron que iba a tener una mejor pensión y que como una profesional, una decana, no haya preguntado sobre qué parámetros.

Manifiesta que el Régimen De Prima Media nunca se acabó, entonces las manifestaciones que hace la parte demandante son manifestaciones superfluas, no tienen validez, no tienen sustento alguno, por tanto, que el Régimen De Prima Media no se acabó. Y más bien sí observamos una falta de negligencia y simplemente un olvido por parte de las obligaciones de la demandante de su derecho pensional, sostiene que debe hacerse un ejemplo claro y es que los afiliados y en este caso la demandante ha tenido la libertad de escogencia, cuando ese vínculo con el fondo no estuvo cerrado, no estuvo amarrada para no poder conocer o averiguar sobre otros fondos de pensiones, o averiguar sobre el mismo Régimen De Prima Media, pese a que se le dio la información de manera verbal y consideró que hace falta la legítima confianza, buena fe, en consideración a que se está orientando esta decisión a que la representada tenía que tener la información sumaria para ese momento, cuando no es claro.

Así que reitera la apoderada que, los presupuestos que se esgrimen en este proceso de la Sentencia 31989, no le es aplicable a la demandante por los hechos facticos que están distantes de la demandante, por lo ya explicado, razones por lo cual, les solicito a los honorables magistrados, se tenga en cuenta la sentencia que ha exigido que quien alegue que se le dijo que iba a tener una pensión superior en el Régimen De Ahorro Individual, debe demostrarlo, pide se revoque la *demand*a en su totalidad y se absuelva al fondo de todas las pretensiones, reiterando que no hay lugar en caso de que se confirme esta decisión, no hay lugar a estos gastos de

administración porque la demandante se ha beneficiado y hoy por hoy se encuentra vinculada y no hay prueba que demuestre lo contrario, que la demandante sí se ha beneficiado de esa vinculación, pues se han cubierto esos riesgos que es el objeto primigenio de la seguridad social.

APELACIÓN PARTE DEMANDADA COLPENSIONES:

Se interpone recurso de apelación contra el fallo con radicado No. 2018-634, Con el propósito de que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se sirva revocar en su totalidad la sentencia y en su lugar, se absuelva a Colpensiones de todos los cargos que contra ella se formulan y por consiguiente las condenas emitidas en cada uno de estos fallos.

En primer término, sustenta que, si bien es cierto, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia mencionada por el Despacho ha indicado que el deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones se debe acreditar en todos los procesos, sin ahondar en circunstancias especiales como de que las accionantes eran o no beneficiarias del Régimen de Transición, lo cierto es que ese deber de información ha evolucionado con el tiempo, por lo que, para el día 02 de agosto de 1999 y para el día 19 de febrero de 1997, fecha en la cual cada una de las aquí demandantes efectuaron los traslados del régimen pensional del Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones a un régimen privado como lo es Porvenir S.A, fechas en las que las demandantes suscribieron efectivamente un contrato de administración de pensiones obligatorias con este fondo y que el nuevo sistema general de pensiones establecido por la ley 100 del 93, ya hablaba de que la elección del régimen pensional debía ser el resultado de conocer en debida forma cada régimen.

Refiere además que, la misma ley, no se refirió a la obligación de hacer comparaciones o simulaciones teniendo en cuenta el número de semanas de cotización, la doble asesoría se hizo efectiva solo mediante la emisión de la Resolución 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que antes de esa data no era imperativo o condicionado para afiliarse a un fondo privado de pensiones o hacer un traslado, realizar un cálculo proyección pensional teniendo en cuenta la edad, las fluctuaciones del mercado, por lo que era imposible para los fondos de pensiones prever en qué condiciones serían sus cotizaciones pensionales en el futuro ; si serían continuas, si se establecería el mismo ingreso base de cotización, si el afiliado tendría hijos, etc.

Además, sustenta que para la fecha en la que se afiliaron las demandantes Claudia del Pilar Vélez de la Calle, era incierto establecer el monto de la pensión que

recibiría en uno u otro régimen, por lo que era imposible para los fondos de pensiones prever en qué condiciones serían las cotizaciones pensionales a futuro, si estas serían continuas, si serían sobre el mismo ingreso base de cotización, o si el afiliado era casado, etc. Por lo tanto, con la firma de la demandante impresa en cada uno de los formularios de afiliación, pues se predicó efectivamente que la vinculación con Porvenir era completamente válida, no hay lugar a declarar su ineficacia como ocurre en el presente caso, pues se suscribió de manera libre sin presión, entre personas capaces y acorde al ordenamiento legal que se exigía para la época en la que se efectuó el traslado.

Por lo anterior sustenta que se tenga en cuenta, que el deber de información exigido para el para el año 1999, quedó debidamente acreditado con la firma del formulario de afiliación y no debe dejarse de lado tampoco aquella manifestación que ha hecho la Corte Suprema de Justicia al indicar que cada caso debe estudiarse de manera particular y con respecto a esto, solicito al honorable Tribunal estudiar de manera concienzuda y particular los casos que aquí se debatieron teniendo en cuenta que la demandante no tenían ninguna expectativa legítima de pensionarse con la representada Colpensiones.

Ahora bien, sustenta que en el evento en el que se compruebe que efectivamente la demandante no hubiera recibido por parte de Porvenir S.A, una asesoría adecuada con respecto a las características particulares de cada régimen pensional, dicha circunstancia quedó debidamente saneada con el paso del tiempo, ya que pues aquí la demandante estuvo o permaneció vinculada con el Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad durante aproximadamente más de 10 años y antes de estar inmersas en la prohibición del artículo 2° de la ley 797 de 2003, que modificó la ley 100 del 93, tuvieron tiempo de sobra o suficiente para preocuparse por algo tan importante como era definir su futuro pensional, o para enterarse como fue de público conocimiento que Colpensiones pasó a ser la administradora del Régimen de Prima Media con prestación definida y se liquidó el instituto de los Seguros Sociales, pero no el régimen que administraba, manifiesta que por el contrario la demandante en este caso nunca se acercó a Colpensiones ni al fondo privado de pensiones a preguntar sobre sus cotizaciones y el futuro pensional, lo que permite concluir la voluntad de permanecer en el RAIS y de su falta de cuidado con los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, falta que no debe endilgarse a nadie más, sino a las *demandadas*.

Además, sostuvo que debe tenerse en cuenta también el nivel académico de la demandante al momento de trasladarse, solicitó de igual manera al Tribunal no pasar por alto lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 17595

del año 2017, anudando la tesis del afiliado lego, el aporte de su presente también habla de la importancia de distinguir entre el afiliado experto y uno lego, sostiene que es claro que por el nivel académico de la demandante Claudia del Pilar Vélez, se corroboró que es licenciada en educación preescolar, cuenta con posgrados, con maestría y además un doctorado en ciencias de la educación, para entender el negocio jurídico que estaba aceptando, manifiesta que previo a efectuar el respectivo traslado, contaba con el suficiente nivel académico y de conocimiento y constituyen estas circunstancias herramientas necesarias para conocer en debida manera los deberes que como afiliadas del sistema pensional y en especial en el RAIS, dada la calidad de consumidoras financieras y el hecho de que pues, aunque no sean expertas en asuntos pensionales, no era óbice para desconocer las consecuencias del negocio jurídico que estaba suscribiendo.

Reiteró lo manifestado en los alegatos de conclusión cuando se señaló que no era posible retrotraer los efectos de un negocio jurídico de que la demandante no se interesó, faltó a su obligación que estaba en el deber de cumplir, pues lo que estaban firmando era la administración de sus aportes pensionales, por tanto manifiesta que no es de recibo tampoco inculpar solamente a las administradoras de pensiones en este caso a Porvenir de una negligencia en la que también fue parte, y mucho menos que sea Colpensiones, un tercero completamente a dicho negocio jurídico, quien en ultimas soportaría toda la carga prestacional, pues sustenta que aun cuando Porvenir regrese todos los valores provenientes de la cuenta de ahorros individual, se vería afectado el principio de sostenibilidad financiera, una vez la administradora colombiana de pensiones tenga que reconocer las futuras pensiones, por lo tanto manifiesta que si es dable aplicar aquella provisión del artículo 2° de la ley 797 en aras de garantizar el principio de la sostenibilidad financiera, pues el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario De Prima Media, que se produciría si permitiera que personas que no han contribuido al fondo común, pudiesen trasladarse de régimen cuando estuviesen próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Solicita también al Tribunal, se haga un análisis de las pruebas practicadas en primera instancia, más en lo que tiene que ver con el interrogatorio de parte, que fue despachado por las aquí demandantes, téngase en cuenta por el Tribunal que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicado de manera genérica sin ninguna ponderación y en desigualdad de las partes involucradas en el proceso. El artículo 167 de la ley 1564 del año 2012 precisa:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, no obstante según las particularidades del caso, el juez podrá de oficio o a petición de parte distribuir la carga al decretar las pruebas durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en la situación más favorable para aportar las evidencias, o esclarecer los hechos controvertidos, la parte se considerará a parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.”

Para finalizar se reitera también en la defensa de Colpensiones que se tenga en cuenta las particularidades del caso que se expusieron, pues no solo se está en asuntos que no son análogos a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sino que además en estos asuntos se pudo determinar que la demandante no demostró el vicio de consentimiento que alega y que además tampoco fuera dable trasladar dicha carga a las demandadas, fondos de pensiones, pues esto también opera únicamente cuando las circunstancias particulares del caso lo ameritan y no como ocurre con la demandante, donde por el contrario se logró probar la falta de cuidado de estas como consumidora financiera, en los términos que ha establecido el régimen de protección al consumidor financiero.

De manera que solicita al Tribunal que, como quiera que Colpensiones no ha dado lugar a ninguno de los hechos relatados en la demanda, se revoque en su integridad la sentencia del proceso 2018-634 demandante Claudia del Pilar Vélez Calle, más aun cuando en el presente caso se condenó a Colpensiones a pagar una pensión de vejez, la providencia objeto de la presente, y en materia de traslado, como la sentencia C 1024 de 2004, la sentencia C 625 de 2007, entre otras, donde indicó el máximo Tribunal que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el periodo de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia, y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas, según ha dicho la Corte, el Régimen Solidario de Prima Medica con Prestación Definida en estas circunstancias se descapitalizaría. De esta manera dejó sustentado el recurso de apelación.

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 JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora **Claudia Del Pilar Vélez De La Calle** el día 2 de agosto de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM. **3.** Si la demandante tiene derecho o no al reconocimiento pensional.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA el 2 de agosto de 1999 con efectividad a partir del 1° de octubre de 1999 (fls 145 del "01.expediente digitalizado 2018-00634.pdf).

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 por 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 recordó 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 el expediente administrativo de la demandante. AFP Porvenir SA aportó: formulario de vinculación, copia de la cedula de la demandante, copia del certificado ASOFONDOS SIAFP, reporte liquidación provisional bono pensional, resumen historia laboral, informativo aportes pensión, carta Porvenir, Comunicación de Superfinanciera a Porvenir, Carta respuesta Porvenir a la demandante, formulario afiliación al sistema, carta de la demandante a Colpensiones.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 02 de agosto de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener 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 2 de agosto de 1999, la demandante tenía 72 semanas (f120 del "01.expediente digitalizado 2018-00634.pdf) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años

(nació el 11 de mayo de 1960 – fl 144 del “01.expediente digitalizado 2018-00634.pdf) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría eventualmente pensionarse en el RPM una vez cumpla las 1300 semanas cotizadas (actualmente ha cotizado más de 1028 semanas - fl20 del “01.expediente digitalizado 2018-00634.pdf), 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 una 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 tal manera que para tener una mesada pensional siquiera igual a la del RPM, tendría que hacer cuantiosos aportes al RAIS, 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 S.A.

Ahora bien, recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto. (...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión (...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)”

Por lo anterior, al señalar en la apelación que al no ser una afiliada lego por su nivel educativo, es claro que los fondos tienen el deber de suministrar una información veraz y completa para cualquier nuevo afiliado, pues independientemente de la formación académica de la parte actora por ser licenciada en educación preescolar, con doctorado en ciencias de la educación, no la hace experta en materia pensional y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de

pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

Finalmente, respecto de la inconformidad de la apoderada de Porvenir S.A, a la no devolución de los gastos de administración, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Porvenir SA.

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 el señora **Claudia Del Pilar Vélez De La Calle** del ISS hoy administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir SA el 2 de agosto de 1999.

RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ:

Ahora bien, el Juez de instancia condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor de la demandante, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, una vez se acredite el retiro del sistema.

Teniendo en cuenta lo anterior, es del caso resaltar que, solo será objeto de estudio por parte de la accionada **COLPENSIONES** el reconocimiento de la pensión de vejez, cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la totalidad de datos y dinero de la demandante en el régimen de prima media.

Lo anterior, como quiera que si bien dentro del RPM es menester exigir para el reconocimiento de cualquier prestación el retiro del sistema previamente por parte

del afiliado, lo mismo ocurre en el caso bajo estudio, pues es indispensable que los aportes de la afiliada se encuentren debidamente reflejados en el reporte de historia laboral dentro del régimen de prima media, a efectos que Colpensiones pueda analizar su situación particular con datos concretos, y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra la demandante.

En consecuencia, se **REVOCARÁ** el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES respecto del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 a favor de la aquí demandante.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante AFP Porvenir SA y Colpensiones, 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

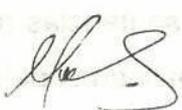
PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES respecto del

reconocimiento de la pensión de vejez de que trata la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 a favor de la aquí demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión de primera instancia, sentencia proferida el 22 de abril de 2021 por el juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada AFP 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 CGP

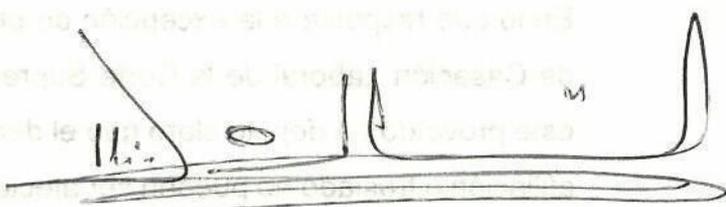
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503620180063401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503620180063401)

Aclaración!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503620180063401)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 32-2020-00215-01

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: DANIEL ANTONIO MERCADO ARRIETA
DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
COLPENSIONES

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR SA Y COLPENSIONES)) // CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandante (fl15-16), la parte demandada Porvenir S.A. (fls.3-7) Colpensiones (fls. 9-13) 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

El (la) señor(a) Daniel Antonio Mercado Arrieta instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Y AFP Porvenir

SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1 (expediente digital "demanda 2020-215 ordinario.pdf") con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. se declare la nulidad del traslado (afiliación) del suscrito Daniel Antonio Mercado Arrieta a la Sociedad Administradora De Fondos Y Cesantías "Porvenir".
2. Se condene a la administradora colombiana de pensiones 'Colpensiones' a restablecer la afiliación del suscrito Daniel Antonio Mercado Arrieta al Instituto De Seguros Sociales (hoy Colpensiones).
3. Se Condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, el capital acumulado en la cuenta individual del señor Daniel Antonio Mercado Arrieta, incluyendo cotizaciones obligatorias, cotizaciones voluntarias, bonos pensionales, rendimientos financieros, y gastos de administración, para que ese capital sea tenido en cuenta como semanas cotizadas al RPM y por ende contribuyan a la financiación de la pensión del señor Daniel Antonio Mercado.
4. Se condene a Colpensiones a efectuar las acciones de cobro a Porvenir S.A., para obtener el capital acumulado en la cuenta individual del demandante, incluyendo cotizaciones obligatorias, bonos pensionales y rendimientos financieros.
5. Se condene a la parte demandada a pagar las costas y agencias en derecho del proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda Colpensiones (expediente digital "05.contestacion colpensiones.pdf") de acuerdo al auto del 18 de agosto de 2020. Se tuvo por no contestada la demanda por AFP Porvenir SA de acuerdo al auto del 11 de Diciembre de 2020. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 4 de marzo de 2020, **DECLARÓ** no probadas las excepciones formuladas por la demandada Colpensiones, conforme las consideraciones expuestas. **DECLARÓ** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante a través de Porvenir S.A., de fecha 24 de agosto de 2010. **CONDENÓ** a la demandada Porvenir S.A. a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad

de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. **ORDENÓ** a la demandada Colpensiones a recibir al demandante Daniel Antonio Mercado Arrieta como afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. **CONDENÓ** en costas a la demandada Porvenir S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de Colpensiones. **REMITE** al superior en grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

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

NULIDAD Y/O INEFICACIA:

Solicita revocar la sentencia y se absuelva a la demandada teniendo en cuenta que no le asiste la razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado con base a la falta de información, cuando no le era obligatorio a Porvenir brindar la misma a la demandante teniendo en cuenta la circular 019 de 1998 de la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia para que sea válido y materializado el traslado de régimen, que el afiliado manifestara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de afiliación. Como sucede con el caso en estudio, Porvenir SA siempre cumplió con todos los deberes que le eran endilgados para el momento del traslado, sustenta que no es razonable tampoco dar la ineficacia por falta de consentimiento o por vicios en el mismo toda vez que Porvenir siempre le brindo una asesoría amplia y oportuna informando las implicaciones de su vinculación, el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales tal como se aprecia en el formulario suscrito por el demandante y la confesión de él en el interrogatorio de partes, toda vez que manifiesta que el asesor si le dijo que necesitaba un monto de capital para poderse pensionar, que podía pensionarse con antelación, que su mesada podía ser mejor que en Colpensiones. Le dio información de los aportes voluntarios toda vez que se observa en las pruebas la relación de aportes realizados por el demandante de manera voluntaria. Manifiesta que corre en este caso el fenómeno del artículo 1752 y siguientes del código civil relativo al saneamiento del consentimiento, por si en

dado caso se llegara a efectuar algún vicio, el mismo demandante ratifico su decisión al permanecer en el RAIS, sustenta que no se puede decir que Porvenir falto a su deber de información, obligándolo a aportar documentos que para el momento del traslado no eran obligatorios como simulaciones pensionales y demás documental que aduce la parte demandante o como lo pone de presente la ley 1328 de 2009 en sus artículos 3 literal c y artículo 9 que establece el deber de información que tienen las AFP con el usuario en el momento del traslado, obligación que se cumplió a cabalidad en dicho momento.

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Manifiesta que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 también en el RPM se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes. Dichos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y por tanto están sujetos a la prescripción, y que en concepto del 17 enero de 2020 la Superfinanciera ha manifestado que en caso de surtirse la ineficacia de traslado los únicos dineros susceptibles de devolución a Colpensiones son las cotizaciones y sus rendimientos. De igual manera merece atención que el hecho de ordenar el traslado de estos gastos de administración a Colpensiones configuran frente a este demandado un enriquecimiento sin causa, teniendo en cuenta que no existe una norma que disponga tal devolución. Como se observa en el artículo 103 en su literal b de la ley 100 del 93 menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando exista un cambio de régimen. Estos es el saldo de la cuenta individual incluidos sus rendimientos.

Manifiesta que deberá declararse la prescripción respecto a la devolución de gastos de administración, primas de seguro y cualquier otro valor diferente al capital de la cuenta individual del afiliado o los rendimientos financieros, por cuanto a no corresponder a valores que pertenecen al afiliado en ninguno de los regímenes, y en cuanto que no financian la prestación de vejez no puede predicarse su imprescriptibilidad.

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

Teniendo en cuenta lo sustentado en los alegatos de conclusión y reiterando que Colpensiones no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por el demandante en el momento de realizar el traslado presenta su recurso de apelación. También

sustenta que se ha demostrado, que este si afecta los intereses y la descapitalización del fondo, poniendo en riesgo las pensiones de las personas que si han cotizado al RPM durante toda su vida laboral, todo esto sustentado también en la sentencia T 489 de 2010. Solicita se estudie a fondo la decisión tomada por el A Quo porque se está declarando la ineficacia del traslado de régimen por la falta de información por parte de la AFP en su momento, se señala que la información no pudo ser clara, precisa y comprensible, pues al momento del asesoramiento se observa que por parte de la AFP se falló en el deber de oportunidad al no asesorar al demandante con relación a la prohibición legal y estaría en cabeza de los fondos privados el brindar este asesoramiento en relación e indagar bajo qué régimen sería el que quería seguir el afiliado antes de cumplir el tiempo límite de los 10 años para tener derecho a la pensión en el RPM. Así las cosas deberían estar a cargo del fondo privado el estudio del reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios que ofrece el RPM administrado por Colpensiones.

Solicita que se tenga en cuenta que Colpensiones se encuentra vinculada al proceso de forma residual, pues al declararse la ineficacia del traslado efectuado, tal efecto no puede ser implicado a Colpensiones máxime cuando a quienes le asistía la obligación de brindar la información veraz y oportuna era a los fondos privados al momento de suscribir el formulario de afiliación y no al ISS hoy Colpensiones, así mismo que de ser confirmada la sentencia, teniendo en cuenta la responsabilidad profesional y directa que recae sobre las AFP, esta debe garantizar el reintegro de la totalidad de la cotización, esto es los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales y cuotas de administración, a fin de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas bajo el régimen de prima media, según lo anterior solicita se tenga en cuenta el principio de la relatividad jurídica, toda vez que Colpensiones es un tercero en un acto jurídico que celebró el actor y el fondo privado, y los actos jurídicos en principio tienen efectos interpartes, por ende Colpensiones no puede ser favorecida ni perjudicada independientemente de la decisión adoptada.

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 JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señor(a) Daniel Antonio Mercado Arrieta el día 24 de agosto de 2010; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado 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 24 de agosto de 2010 (fl 53 expediente digital "demanda 2020-215 ordinario.pdf")

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 por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera 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 el 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 Colpensiones, en la contestación de la demanda, aportó el expediente administrativo del demandante.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 24 de agosto de 2010, 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 24 de agosto de 2010, el(la) demandante tenía 530 semanas (fl 18 expediente digital "demanda 2020-215 ordinario.pdf") por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 28 de mayo de 1962 – (fl 17 expediente digital "demanda 2020-215 ordinario.pdf") y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría eventualmente pensionarse en el año 2024 en el RPM, (actualmente ha cotizado más de 1.278 semanas - fl 18 expediente digital "demanda 2020-215 ordinario.pdf"), 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 una desventaja para sus derechos pensionales, sin que se lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, de tal manera que para obtener en el RAIS un pensión siquiera igual a la del RPM, tendría que efectuar cuantiosos aportes adicionales al RAIS, 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.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de las demandada AFP Porvenir SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debe resaltarse que lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social del demandante, el cual se encuentra consagrado en

el artículo 48 de la constitución política, y no puede verse afectado por ningún motivo, y en ese sentido las AFP deberán realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos de administración que incluye los dineros destinados para la garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales conforme lo indicó el Juez de instancia, pues fue descontado del aporte efectuado por el afiliado, y en ese sentido no se puede ver afectado su derecho a la seguridad social, por el simple hecho de haberse trasladado al RAIS, pues se reitera que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de traslado es retornar las cosas como si no hubiese existido el traslado. Se confirma.

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 el (la) señor(a) Daniel Antonio Mercado Arrieta de Colpensiones a la AFP Porvenir SA el 24 de agosto de 2010.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante AFP Porvenir SA y Colpensiones 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 4 de marzo de 2021 por el juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas (AFP Porvenir SA y Colpensiones) 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. 11001310503220200021501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503220200021501)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503220200021501)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 32-2020-00216-01

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: WILLIAM RODRIGUEZ MARTINEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN S.A.
AFP SKANDIA S.A.

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (Skandia SA, Protección SA, Colpensiones) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Skandia SA, Protección SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el día 04 de febrero 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 (fls. 17-18), así como Skandia SA (fls. 6-9) y Protección SA (fl. 11-14) 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) William Rodríguez Martínez instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contra AFP Protección SA Y AFP Skandia SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad de la afiliación y traslado efectuado por el demandante WILLIAM RODRIGUEZ MARTINEZ del RPM al RAIS a la AFP ING hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A por haber existido vicio en su consentimiento dado que se omitió brindarle una asesoría clara, completa, adecuada y eficaz sobre las consecuencias de dicha actuación
2. Que se declare la nulidad de la afiliación y traslado efectuado por el demandante WILLIAM RODRIGUEZ MARTINEZ del RPM al RAIS a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A, por haber existido vicio en su consentimiento dado que se omitió brindarle una asesoría clara, completa, adecuada y eficaz sobre las consecuencias de dicha actuación
3. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir la afiliación de WILLIAM RODRIGUEZ MARTINEZ en el RPM sin solución de continuidad
4. Que se condene a la AFP SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A a trasladar a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los saldos de la Cuenta de Ahorro Individual del actor junto con las sumas que le puedan corresponder por conceptos de Intereses, Bono Pensional, Sumas Adicionales y Rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de cuota de administración
5. Que se condene a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez recibida por parte de SKANDIA

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A, las sumas que por virtud de la afiliación del actor tenía a su cargo, proceda a la corrección e imputación de los tiempos cotizados en su Historia Laboral

- 6. Que se condene a las demandadas a lo que resulte de las facultades ultra y extra petita
- 7. Que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: AFP Protección, AFP Skandia SA y Colpensiones (FI2 "medio magnético "archivos 0.6, 0.7 y 0.8") de acuerdo al auto del 04 de septiembre de 2020, Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de fondo y de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 32 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.- **DECLARÓ** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro Individual con solidaridad efectuado por el demandante William Rodríguez Martínez a través de Protección SA, de fecha 2 de febrero de 1996, así como sus posteriores traslados entre administradoras del régimen de ahorro Individual con Solidaridad, Como consecuencia de lo anterior, **CONDENÓ** a la demandada Protección SA a trasladar con destino a Colpensiones las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora. **CONDENÓ** a la demandada Skandia SA a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. **ORDENÓ** a la demandada Colpensiones a recibir al demandante William Rodríguez Martínez como afiliado al Régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Se impuso Costas a la demandada Protección SA y sin costas a cargo de Colpensiones y Skandia SA.

RECURSO DE APELACIÓN

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

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Se presenta el recurso contra la sentencia proferida de manera parcial, específicamente frente a los traslados de los dineros de las cuotas de administración y seguros previsionales, toda vez que son descuentos legales y vigentes que se realizan en ambos regímenes, es decir, sustenta que si se mantuviera en RPM esos descuentos igual se hubiesen realizado, manifiesta igualmente, se deben tener en cuenta que esos dineros no tienen como finalidad financiar la mesada pensional, se depositan en cuentas a parte y esas cuentas tienen destinación específica, debe recordarse que esos son dineros que se encuentran sustentados en los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual del demandante, correspondiente al 129%, para el caso del señor William los aportes son de \$77'911.098 (setenta y siete millones novecientos once mil cero noventa y ocho pesos), mientras generó rendimientos de \$100'785.491 (cien millones setecientos ochenta y cinco mil cuatrocientos noventa y un pesos), así mismo debe tenerse en cuenta que los dineros correspondientes del seguro previsional, hacen parte del descuento de la cuenta, son dineros que están incluidos en el porcentaje que están destinadas para cubrir las contingencias de invalidez y muerte, la parte sustenta que se mantuvo la cobertura mientras él (demandante) estuvo en el fondo, y si hubiere estado inmerso en una invalidez en el periodo en el cual estuvo afiliado, hubiere sido el seguro previsional el que habría tenido que cubrir esa prestación a la que tenía derecho, ahora bien, manifiesta que si la consecuencia de la ineficacia es que todo vuelve al estado inicial y que el demandante nunca estuvo afiliado debería ordenarse trasladar solo los dineros correspondientes a los aportes y no los rendimientos que son muy superiores a la administración del RPM, con esta sentencia asegura la apoderada, Colpensiones estaría incurriendo en enriquecimiento sin justa causa porque son rendimientos fruto de una administración que no realizó, adicional a los dineros de las cuotas de administración que es la contraprestación de las AFP por administrar esos rendimientos, solicita de manera respetuosa al tribunal que se aplique la prescripción a los dineros correspondientes a las cuotas de administración toda vez que los mismos no sustentan la mesada pensional.

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

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Presenta recurso parcial contra la sentencia, frente al numeral cuarto de la sentencia referida a la devolución de los gastos de administración por parte de la representada, efectivamente el fallo que se ha proferido se aparta de los postulados de orden legal sobre el Decreto 3995 de 2008 art 7 que indica cuales son los factores que se deben considerar para traslado de recursos entre regímenes en efecto dicho articulado no indica nada respecto a la obligación de devolver los gastos de administración, como lo sostuvo el juez en la motivación de la sentencia, para el apoderado dicha justificación o consecuencia jurisprudencial obedece específicamente al acatamiento de un precedente jurisprudencial, que de manera específica lo indican se deben trasladar sin los mismos, en esa norma se encuentra muchos conceptos administrativos emitidos por los organismos de control como la super financiera que ha indicado en sus conceptos que desde el momento que se decreta una nulidad no se está obligado que las AFP trasladen lo correspondiente a los gastos de administración, dado que la norma señala lo mismo al respecto, en concordancia con la fuente primera ley 100 de 1993 art 20 que le ha dado una destinación específica a ese 3% de gastos de administración que como bien lo señaló la abogada de protección no están destinados a financiar la mesada pensional sino solo de manera específica desde el 15 de agosto de 2018 ha contado con una cobertura por parte de Skandia a través de sus aseguradoras para poder cubrir sus posibles contingencias de invalidez o muerte, por ende es de la aseguradora dichos recursos, de hecho manifiesta la apelante, esos dineros no se encuentran en las arcas de la entidad porque se prestan es para cubrir esas posibles contingencias, le solicita de manera respetuosa que se evalúe y se examine la figura de prescripción, dado que en el presente caso como se indicó por la apoderada ese 3% no tiene destinación de financiamiento de la mesada pensional de la demandante por ende sería prescriptible por el tiempo que ha pasado. Deja sentado recurso parcial contra la sentencia proferida.

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

NULIDAD Y/O INEFICACIA:

Se pide revocar la sentencia, toda vez que el despacho no tuvo en cuenta y dejó de lado el principio de la relatividad jurídica, celebrado entre la AFP ING hoy Protección

SA y sus posteriores traslados, así como también dejó de un lado el principio de sostenibilidad financiera regulado por el art 48 por la constitución del 91 y el acto legislativo 091 de 2005, frente a los actos de traslado en el RAIS, donde no se tuvo injerencia en los actos por ende no tendría por qué asumir consecuencias jurídicas que ha optado el afiliado, igualmente se solicita que en aras de proteger los derechos pensionales del demandante, y basado en una omisión de deber de información, no se condene a la representada (Colpensiones), sino que se condene a las AFP que incumplieron su deber de información y a que reconozcan las mismas condiciones de la mesada pensional como si estuviera en el RPM en atención a la teoría del daño civil, toda vez que quien causa el daño debe repararlo es decir en este caso es la AFP que dio el traslado primogénito de RPM a RAIS, razón por la cual se tiene que la AFP responda por los daños causados por su mala asesoría y su falta de información, manifiesta que de esta manera se exponen los argumentos de recurso de apelación, solicitando al tribunal absolver a Colpensiones de las condenas interpuestas por la primera instancia.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA efectuado por el (la) señor(a) **William Rodríguez Martínez** el día 02 de febrero de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Protección SA y AFP Skandia SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado 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 ING el 02 de febrero de 1996, con efectividad a partir del 1º de marzo de 1996 (fl.2 digital "0.8 contestación de Protección"), y que se trasladó por la fusión de las compañías de ING a Protección SA desde el 31 de diciembre de 2012 con fecha de efectividad del mismo día (fl.2 digital "0.8 contestación de Protección"), así como el traslado a Skandia SA el 15 de agosto de 2018 (fl 2 digital "0.6 contestación de Skandia SA").

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 por 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, 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 el 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 a Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue por una 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 el expediente administrativo del demandante. AFP Protección SA aportó: historia laboral, de certificado afiliación expedida por Protección SA, constancia de publicación diario El Tiempo, concepto de la Superfinanciera, certificado de vinculación, historia laboral del bono pensional, Skandia aportó, formulario de afiliación OLDMUTUAL del 15 de agosto de 2018, copia del Bono pensional, historia laboral y estado de cuenta del afiliado (fl.2 "0.6, 07, y 0.8 contestación Skandia, Protección y Colpensiones")

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 02 de febrero de 1996, 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 02 de febrero de 1996, el(la) demandante tenía 392,57 semanas (fl. 2 digital "0.6 contestación Skandia pdf"), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 25 de abril de 1960 – fl. 19) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad en el año 2022, podría pensionarse en el RPM (actualmente ha cotizado más de 1.635,43 semanas – fl. 2 digital "0.6 contestación Skandia pdf"), 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 una desventaja para sus derechos pensionales, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, de manera que para tener en el RAIS una mesada siquiera igual a la del RPM, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios al RAIS, 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 Protección SA, ni Skandia 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.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por los apoderados de las demandadas AFP Protección SA Y AFP Skandia SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debe resaltarse que lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social del demandante, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 de la constitución política, y no puede verse afectado por ningún motivo, y en ese sentido las AFP deberán realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos de administración que incluye los dineros destinados para la garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales conforme lo indicó el Juez de instancia, pues fue descontado del aporte efectuado por el afiliado, y en ese sentido no se puede ver afectado su

derecho a la seguridad social, por el simple hecho de haberse trasladado al RAIS, pues se reitera que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de traslado es retornar las cosas como si no hubiese existido el traslado. Se confirma.

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 el (la) señor(a) **William Rodríguez Martínez** de Colpensiones a la AFP ING hoy Protección SA el día 02 de febrero de 1996.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes Skandia SA, Protección SA y Colpensiones, 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 04 de febrero de 2021 por el juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (Skandia SA, Protección SA y Colpensiones) 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.

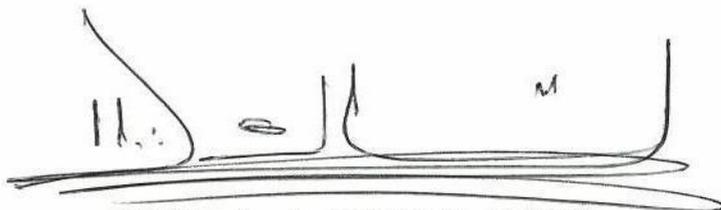
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503220200021601)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503220200021601)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503220200021601)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 18-2019-00375-01

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: JESUS EDUARDO ROA AVENDAÑO

DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
AFP COLFONDOS
COLPENSIONES

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR SA Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada Alida Del Pilar Mateus Cifuentes con tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl 236)

La parte demandante (fl220-222), la parte demandada Porvenir S.A. (fls.223-229) Colpensiones (fls230-235) presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 11 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Jesús Eduardo Roa Avendaño instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Y AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que el primer traslado y afiliación al régimen de pensiones del señor Jesús Eduardo Roa Avendaño, con la AFP Colfondos S.A Pensiones Y Cesantías, es nulo, por estar viciado el consentimiento por error y dolo.
2. Que el segundo traslado y la afiliación en el RAIS del señor Jesús Eduardo Roa Avendaño, de la AFP Colfondos S.A Pensiones Y Cesantías a la Sociedad Administradora De Fondos Y Cesantias Porvenir S.A, antes Colpatria Fondo de Pensiones, es nulo, por estar viciado el consentimiento por error y dolo.
3. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad y afiliación del señor Jesús Eduardo Roa Avendaño, con las AFP Colfondos S.A Pensiones Y Cesantías y Sociedad Administradora De Fondos Y Cesantias Porvenir S.A, antes Colpatria Fondo de Pensiones, se declare señor Juez que la afiliación del señor Jesús Eduardo Roa Avendaño, con la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se mantuvo vigente, es decir, sin solución de continuidad en dicha afiliación.
4. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Prestación Definida (RAIS) del señor Jesús Eduardo Roa Avendaño, con las AFP Colfondos S.A Pensiones Y Cesantías y la Sociedad Administradora De Fondos Y Cesantias Porvenir S.A, antes Colpatria Fondo de Pensiones, éstas trasladen la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos e intereses y bonos pensionales que actualmente tienen a favor del demandante, sin realizar ningún tipo de descuento por concepto de administración, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien adelante administrará sus aportes por concepto de pensión.

5. Se condene a las AFP Colfondos S.A Pensiones Y Cesantías y a la Sociedad Administradora De Fondos Y Cesantias Porvenir S.A, antes Colpatria Fondo de Pensiones, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los traslados y de las afiliaciones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con las AFP Colfondos S.A Pensiones Y Cesantías y la Sociedad Administradora De Fondos Y Cesantias Porvenir S.A, antes Colpatria Fondo de Pensiones, a trasladar la totalidad de los aportes efectuados por el señor Jesús Eduardo Roa Avendaño, junto con la totalidad de los rendimientos e intereses a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.
6. Se condene a las AFP Colfondos S.A Pensiones Y Cesantías y a la Sociedad Administradora De Fondos Y Cesantias Porvenir S.A, antes Colpatria Fondo de Pensiones, a remitir a Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en forma detallada los aportes, rendimientos y bonos pensionales, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los traslados y de las afiliaciones con las AFP Colfondos S.A Pensiones Y Cesantías y la Sociedad Administradora De Fondos Y Cesantias Porvenir S.A, antes Colpatria Fondo de Pensiones.
7. Se condene a las AFP Colfondos S.A Pensiones Y Cesantías y la Sociedad Administradora De Fondos Y Cesantias Porvenir S.A, antes Colpatria Fondo de Pensiones, a pagar los perjuicios morales de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.
8. Se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los traslados y de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con las AFP Colfondos S.A Pensiones Y Cesantías y la Sociedad Administradora De Fondos Y Cesantias Porvenir S.A, antes Colpatria Fondo de Pensiones, proceda a ACTIVAR la afiliación del señor Jesús Eduardo Roa Avendaño, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
9. Se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, como consecuencia de la declaratoria de la nulidad de los traslados y de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con las AFP Colfondos S.A Pensiones Y Cesantías y la Sociedad Administradora De Fondos Y Cesantias Porvenir S.A, antes Colpatria Fondo de Pensiones, a ACEPTAR y RECIBIR el traslado de los aportes, rendimientos y bonos pensionales del señor Jesús Eduardo Roa Avendaño, dándole plenos efectos a la nulidad declarada.
10. Se condene a las AFP Colfondos S.A Pensiones Y Cesantías y a la Sociedad Administradora De Fondos Y Cesantias Porvenir S.A, antes Colpatria Fondo

de Pensiones, a pagar las costas y agencias en derecho del presente proceso.

11. Se condene a las AFP Colfondos S.A Pensiones Y Cesantías y a la Sociedad Administradora De Fondos Y Cesantias Porvenir S.A, antes Colpatria Fondo de Pensiones, a todo lo que resulte a favor del demandante con motivo de las declaraciones extra y ultra petita que resulten probadas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda Colpensiones (fl 106) AFP Colfondos S.A. (fls 131) y AFP Porvenir SA (fl 163) de acuerdo al auto del 23 de julio de 2019. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de fondo y de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 5 de noviembre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la señor Jesus Eduardo Roa Avendaño a la AFP Colfondos S.A., suscrita en el mes de enero de 1995, por los motivos expuestos en esta sentencia y en consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **ORDENÓ** a la AFP Porvenir S.A., AFP Colfondos S.A. a trasladar todos los dineros ahorrados por el demandante en su cuenta individual a la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración. **ORDENÓ** a la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones a recibir los dineros ahorrados por el demandante en su cuenta individual de conformidad con lo ordenado en precedencia. **DECLARÓ** no probada la excepción de prescripción, relevándose el Despacho del estudio de los demás medios exceptivos, de acuerdo con lo motivado en este fallo. **CONDENÓ** en costas a la entidades demandadas las AFP Porvenir S.A., AFP Colfondos S.A. por valor de \$800.000 valor que deberá cancelar cada una de las entidades a favor de la parte demandante, a Colpensiones se impone condena en costas por valor de \$500.000. **REMITE** al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Reitera que efectivamente la representada no conocía las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se generó el traslado inicial, sin embargo el fallo la perjudica directamente, debido a que además de generar o trasladar los rendimientos, también debe generar un traslado de gastos de administración, con la declaración de la ineficacia. Este perjuicio se realiza directamente a la demandada, esa ineficacia la provee el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que habla de impedir o atentar y esto supone un dolo que como se manifestó dentro de los alegatos de clausura, no fue demostrado, ni alegado dentro del proceso. Además de ello, se manifiesta que dentro del expediente no existieron los documentos suficientes para demostrar la debida información por parte de Porvenir.

En el año de 1998, cuando el demandante generó un traslado horizontal no existía un deber adicional de dejar constancia de la asesoría dentro del formulario de afiliación, que es un documento válido que se presume auténtico y que no fue tachado de falso por la parte demandante. Es importante resaltar que el demandante dentro de su interrogatorio de parte manifiesta que no recuerda algunas cosas como, por ejemplo, el traslado que generó de forma voluntaria hacia horizonte como lo indica el *SIAPF*, que fue allegado al expediente, y el hecho de no recordar no significa que no se le haya brindado una información totalmente completa.

De otra parte, el demandante está inmerso en una prohibición legal que establece la ley 797 del 2003 y esta norma fue sometida a un control previo constitucional y conforme a la Sentencia C 1024 del 2004 fue declarada exequible, previendo aspectos de interés general por encima del particular ante la protección del Sistema General de Pensiones, por un lado, la no descapitalización del Régimen de Prima Media y sobre todo el principio de estabilidad financiera en el régimen de ahorro individual.

Por tanto, no es dable que el demandante actualmente se escude en una supuesta falta de información, simplemente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones como lo dejo visto dentro de su interrogatorio de parte.

Gastos de administración

En cuanto a las condenas de gastos de administración, el fallador de primera instancia desconoce que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, también en el Régimen de Prima Media se destina un 3%

de cotización a financiar estos gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, y es que dichos gastos no forman parte integral de la pensión vejez, por ello no están sujetos a ser reintegrados y si les atañe el termino trienal de prescripción.

Se resalta que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto del 17 de enero del 2000 indicó de forma expresa, en los eventos en los que se habla de ineficacia o nulidad, cuáles eran las sumas a retornar y en este caso habla de los aportes rendimiento de la cuenta individual y no procede esa devolución de una prima de seguro o de los gastos de administración, generar un traslado de esto sería generar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la codemandada Colpensiones, que no fue quien administro esos recursos durante los 20 años o más de 20 años que si lo hizo Porvenir.

Denota que dentro del interrogatorio de parte, el demandante confesó haber recibido una asesoría por parte de Porvenir, donde le informo que era una cuenta de ahorro individual donde le informó que podía hacer aportes voluntarios, brindó características concretas del Régimen de Ahorro Individual y las otras características están inmersas en la ley y el desconocimiento de ellos, no lo exime de cualquier tipo de consecuencia.

Por todos los motivos anteriores solicito respetuosamente al Tribunal revocar la sentencia impartida y absolver a Porvenir.

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

Manifiesta que el demandante se encuentra bajo la prohibición legal del literal e, artículo 2° de la ley 797 de 2003 y aunado a ello, se verifica conforme al acervo probatorio que su traslado se realizó de manera voluntaria, sin presión alguna y se constatan cotizaciones surtidas, aunado a ello también los traslados horizontales generados frente al Régimen de Ahorro Individual. Frente a la prohibición legal, la Corte Constitucional ha indicado en variedad de ocasiones que el impedir el traslado de régimen cuando el afiliado se encuentre o le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad, para tener derecho a la pensión de vejez, obedece a la finalidad constitucional de evitar la descapitalización del Sistema General de Pensiones y asegurar de este modo el pago futuro de las pensiones de los afiliados y el reajuste económico de las mismas.

Se reitera el salvamento de voto del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno en Sentencia SL 1452 de 2019 de la CSJ, este manifestó que la ineficacia del traslado no puede ser predicada en todos los casos, como tampoco declararse de manera automática en consulta puesto que deben ser evidentes las falencias o la inexistencia de un consentimiento informado. Situación que en este caso no obra, toda vez que, en el acervo probatorio del presente caso, el actor manifestó haber surtido su traslado de manera voluntaria sin presión alguna y aunado a ello tuvo la posibilidad de trasladarse de manera horizontal pero nunca lo realizó con un retorno al Régimen de Prima Media, en este caso Colpensiones.

De acuerdo con ello, no se encuentra Colpensiones como tal, de acuerdo con el fallo frente a la ineficacia de traslado, en tanto que existe una prohibición legal de manera taxativa como lo es la ley 797 del 2003.

Indica que se opone frente a la condena en costas, toda vez que la misma no adeuda suma alguna de dinero al actor e igualmente no se evidencia negligencia en el actuar de mi representada, pues la negativa se ajustó a las previsiones legales y es por ello que no puede ser condenada mi representada.

Insiste en el artículo 48 de la Carta Magna, inciso 4°, que dice que no se pueden destinar los recursos de las Instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella, desde luego y teniendo en cuenta la realidad de la jurisdicción ordinaria laboral, los procesos en contra de Colpensiones se basan en costas, por lo que la no condena de las mismas evitaría una congestión judicial.

Señala que Colpensiones no tuvo conocimiento, ni fue parte del proceso de afiliación del demandante frente a su escogencia del Régimen de Ahorro Individual, como tampoco frente a la suscripción de los formularios de afiliación al Régimen de Ahorro Individual, por lo que no debe acudirse a una condena a Colpensiones, puesto que la misma no es responsable de la omisión de información en un caso dado, frente a la información que debía surtir los fondos privados.

De acuerdo con ello, el fallo del A quo afecta el principio de sostenibilidad financiera que se encuentra basado en la igualdad o equidad de quienes realmente realiza cotizaciones a Colpensiones y este traslado de ineficacia resulta en tanto desfavorable para Colpensiones que se reitera, no tiene responsabilidad alguna frente al traslado del Régimen de Ahorro Individual y no tuvo tampoco conocimiento frente a los traslados y la información que debía entregar o entregó el fondo privado.

Solicita respetuosamente se estudie el fallo emitido por el A quo, debido a que cada situación debe ser verificada y analizada según su caso y no debe ser tasado de manera automática como bien lo he manifestado a lo largo del recurso y aunado a

ello, el demandante se encuentra bajo la prohibición legal del artículo 2° de la ley 797 de 2003.

De acuerdo también con ello, en aras de este recurso para que se estudie y no sean minados los recursos, la estabilidad del Sistema Pensional, ya que genera un desconocimiento a los principios de la autonomía de voluntad del afiliado y la libertad de escogencia del régimen. De acuerdo con ello se solicita sea estudiado y en un caso dado, sea absuelta Colpensiones de la condena en costas debido a que la misma afecta la sostenibilidad.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el(la) señor(a) **Jesús Eduardo Roa Avendaño** el día 14 de diciembre de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliado 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 14 de diciembre de 1994 (fl 49), posteriormente solicito trasladarse a la AFP Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A. el día 27 de octubre de 1998 (fl 199). Y finalmente solicito trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el día 18 de noviembre del año 1999 (fl 200)

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 por 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 el 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 Colpensiones, en la contestación de la demanda, aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Colfondos aportó artículo diario El Tiempo, AFP Porvenir S.A. aportó formulario afiliación año 1998 Colpatria, formulario afiliación año 1999 Porvenir, publicación diario El Tiempo y concepto Superintendencia Financiera 17 enero de 2020

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 14 de diciembre de 1994, 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 14 de diciembre de 1994, el(la) demandante tenía 41 semanas (fl 57) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 39 años (nació el 10 de diciembre de 1955 - fl 29) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo (a octubre de 2018 ha cotizado 1.250 semanas - fl 57), podría pensionarse en el régimen de prima media reunidas las 1300 semanas, con una mesada muy superior a la que alcanzaría en el RAIS, en cambio en el RAIS para obtener una pensión siquiera igual a la del RPM tendría que efectuar cuantiosos aportes adicionales, situación que no le fue advertida en su momento.

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 Colfondos S.A. ni la AFP Porvenir SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues a 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.

Ahora bien, si bien el demandante no estuvo afiliada al extinto ISS hoy Colpensiones, sino a una caja de previsión CAJANAL, ha de traerse 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 resulto 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."

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de las demandada AFP Porvenir SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debe resaltarse que lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social del demandante, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 de la constitución política, y no puede verse afectado por ningún motivo, y en ese sentido las AFP deberán realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos de administración que incluye los dineros destinados para la garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales conforme lo indicó el Juez de instancia, pues fue descontado del aporte efectuado por el afiliado, y en ese sentido

no se puede ver afectado su derecho a la seguridad social, por el simple hecho de haberse trasladado al RAIS, pues se reitera que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de traslado es retornar las cosas como si no hubiese existido el traslado. Se confirma.

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 el(la) señor(a) **Jesus Eduardo Roa Avendaño** de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL a la AFP Colfondos SA el 14 de diciembre de 1994.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante AFP Porvenir SA y Colpensiones 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.

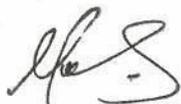
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2020 por el juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas (AFP Porvenir SA y Colpensiones) 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.

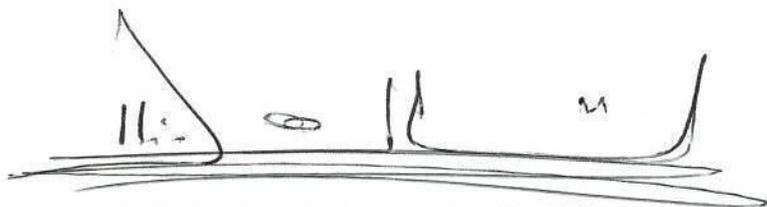
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501820190037501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501820190037501)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501820190037501)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 39-2019-00031-01

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MYRIAN LOPEZ VILLAMIZAR

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
AFP PROTECCION SA**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLFONDOS SA, PROTECCION SA Y COLPENSIONES) //
CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colfondos SA, Protección SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada Lilian Patricia García González con tarjeta profesional No. 187952 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl 9)

El apoderado de Colpensiones (fls. 5-8) presentó 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) **Myrian López Villamizar** instauró demanda ordinaria laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, contra **AFP Colfondos SA** y contra **AFP Protección SA**, debidamente sustentada como aparece a folios 2 (expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. **SE DECLARE** que **Colfondos S.A.**, asesoró a **Myrian López Villamizar** de manera errada e inadecuadamente, sin un análisis juicioso, condiciones que no fueron las precisas colocando en riesgo la probabilidad de que pueda gozar de una pensión justa y acorde con sus ingresos, al trasladarla del I.S.S. Liquidado (hoy **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**) el 1 de junio de 1999.
2. **SE DECLARE** que **Colfondos S.A.**, no le suministró información completa y comprensible a la señora **Myrian López Villamizar** antes de cumplir la edad de 47 años, respecto del régimen pensional a elegir, teniendo en cuenta que era el momento justo para tomar tan importante decisión, esto es, decidir qué régimen le era más favorable para sus intereses atendiendo sus ingresos.
3. Como consecuencia de la anterior declaración, se decrete la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la **AFP Colfondos S.A.** efectuado a la señora **Myrian López Villamizar**.
4. Ordenar a **Colfondos S.A.** trasladar a la señora **Myrian López Villamizar** al Régimen de Prima media con Prestación Definida los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, quien de acuerdo con el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 es la única Administradora estatal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida debido a la orden que se le impartió al Gobierno de liquidar a Cajanal, Caprecom y el I.S.S., razón por la cual administra en la actualidad las personas que fueron afiliados de Cajanal y del Instituto de Seguros Sociales, quien posteriormente se liquidó y sus afiliados pasaron a Colpensiones de acuerdo con lo señalado en el Decreto 2013 de 2012. El traslado solicitado debe efectuarse en las mismas

condiciones impetradas, como si nunca se hubiese surtido el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

5. Ordenar a **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** aceptar el traslado de la señora **Myrian López Villamizar** al Régimen de Prima media con Prestación Definida administrado por esa entidad.
6. Se condene al pago de las costas procesales y agencias en derecho que se ocasionen con este proceso a las demandadas.
7. Que se apliquen las facultades extra y ultra petita concedidas al Despacho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.95-99 expediente digital), con subsanación de contestación (fls.151-152 expediente digital) y AFP Colfondos SA (fls.124-142 expediente digital) de acuerdo al auto del 04 de junio de 2019. AFP Protección SA es vinculada al proceso mediante auto del 23 de enero de 2020 no presento contestación. Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito y de fondo.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 39 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 17 de noviembre de 2020, **DECLARÓ** que el traslado que hizo la señora **Myrian López Villamizar** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 1 de noviembre de 2001 a través de la administradora de fondos de pensiones **Protección**, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. **DECLARÓ** ineficaz la afiliación efectuada al interior del RAIS. **CONDENÓ** a **Colfondos** a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, durante el tiempo que se encontraba afiliada la demandante, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por **Colpensiones**. **CONDENÓ** a **Protección** a que transfiera a **Colpensiones** las comisiones que recibió por haber administrado los dineros o la cuenta de la demandante dentro de las siguientes fechas, es decir, del 1 de

noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2003. **ORDENÒ** a **Colpensiones** a recibir los recursos de que tratan los numerales anteriores, y reactive la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad. **DECLARÒ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **INFORMÒ** a **Colpensiones** que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de **Protección y Colfondos**. **CONDENÒ** a **Protección y Colfondos** al pago de costas, dentro de la cual se deberá incluir la suma de \$1.790.000 como agencias en derecho. **SOLICITÓ** remitir en grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 CPT y de la SS.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Solicita recurso parcial en cuanto al numeral tercero de la sentencia que ordena a Protección trasladar con destino a Colpensiones los descuentos realizados por cuotas de administración y seguros previsionales. En ese sentido solicita al tribunal que revoque esta decisión teniendo en cuenta que los descuentos que fueron realizados durante la afiliación de la demandante fueron con base al artículo 20 de la ley 100 de 1993 que fue modificado por la ley 797 de 2003 y en ese sentido se resalta que no es solo una facultad de las AFP del RAIS sino en general también es un descuento que realiza cualquier administradora del fondo de pensiones con respecto de su actividad de administración de los dineros pensionales de los afiliados. Si bien es cierto frente al RAIS existen cuentas de ahorro individual a diferencia del RPM, en ambos regímenes se realiza este descuento. En segundo lugar con este dinero no se financian las prestaciones económicas sino que precisamente se destinan a los gastos en que se incurre en cuanto a la administración de las sumas que son aportadas por los afiliados, esto haciendo la distinción que en cuanto al seguro previsional este se dirige a pagar la prima de seguros de riesgo de invalidez y sobrevivencia y en cuanto a la cuota de administración a cubrir los gastos de administración de este dinero.

Por ser de naturaleza el contrato en el RAIS como fiducia, se administra una cuenta de ahorro individual en la cual se obliga a la administradora a generar unos rendimientos financieros y de acuerdo a lo que se establece y al monto que fue transferido inclusive como la prueba documental con la respuesta a la demanda

allegada extemporáneamente, los dineros tienen unos rendimientos financieros que en el régimen de prima media no habrían sido generados. Se reconoce que los fondos realizan unas inversiones tendientes a generar dicha rentabilidad del dinero de los afiliados. La consecuencia jurídica que debe traer la declaratoria de ineficacia debe tenerse en cuenta que ordenar a Protección trasladar esta suma con cargo a su propio patrimonio no respetaría el principio de congruencia de la sentencia que establece el CGP en el sentido que esta no fue una petición que se avizore en las pretensiones principales de la demanda, ni a título de perjuicios ni a título de devolución de esta suma. En ese sentido Protección no debe acarrear con cargo a su propio patrimonio máxime cuando no se analizan situaciones concretas como en el caso particular donde hubo una cesión por fusión y es la entidad Santander quien debió responder por esta situación. Realmente que la falta de este dinero pueda perjudicar en apariencia el régimen público, debe probarse en caso tal que se condene a título de perjuicios, y hasta en el tema probatorio establece un juramento estimatorio y se establece también un cálculo realizado dentro del mismo proceso sin que en todos los casos se tenga que suponer que hay un detrimento patrimonial por el hecho de haberse dado un traslado y los descuentos sobre el valor aportado por los afiliados. En ese sentido se solicita al tribunal que se revoque la sentencia y que analice la sentencia con radicación 31980 de 9 septiembre del año 2008 de la corte suprema de justicia con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas en el que manifiesta "las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tiene cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original al momento en que se formalizo el acto anulado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieran dado o recibido ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral o el de seguridad social" de acuerdo a lo anterior teniendo en cuenta que con esos dineros no se afecta la mesada pensional de la demandante solicito al tribunal que revise esta decisión y absuelva a Protección de las condenas.

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

Interpone recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia con relación a las condenas impuestas a Colfondos sustentado en señalar que en razón a los gastos de administración el artículo 104 de la ley 100 de 1993 regula el cobro de dichas comisiones en razón a que en el RAIS se administran recursos privados y públicos que son destinados a pagar prestaciones que deban reconocerse a los

afiliados, por lo anterior esta defensa no comparte la decisión del despacho, como quiera que el permanecer en el RAIS le permitió a la demandante tener rendimientos respecto a los dineros que ha cotizado en su cuenta de ahorro individual, y teniendo en cuenta la ineficacia en el traslado aplicada por el despacho también sería pertinente que se ordenara la devolución de los rendimientos de los cuales también se ha beneficiado la demandante pues en el RPM no habría sido posible que se beneficiara de tener rendimientos como quiera que esa no es la funcionalidad del RPM, así mismo solicita a los magistrados del tribunal se absuelva de la condena impuesta de costas y agencias en derecho como quiera que Colfondos no fue quien realizo el traslado inicial de régimen de la demandante

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

Interpone recurso de apelación con el fin de que sea conocido por el tribunal rogándole a los honorables magistrados que se revoque la decisión emitida por el A Quo y en su lugar se absuelva a Colpensiones de cada una de las condenas teniendo en cuenta que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional conforme del artículo 13 de la ley 100 de 1993 sin que se haya ejercido presión o coacción alguna al momento de tomar su decisión de afiliarse a la AFP ING hoy Protección o a Colfondos.

Fue una decisión libre, espontánea y voluntaria sin que se hubiera evidenciado a lo largo del proceso algún vicio de consentimiento o alguna falta de información toda vez que al no allegar prueba de la misma no puede afirmarse que no existió una debida información, máxime cuando a lo largo de su afiliación la demandante no se acercó en ninguna oportunidad a solicitar o ampliar la información o ampliar el conocimiento que tenía respecto a los aportes o a su cuenta de ahorro individual en las distintas AFP.

Incluso se evidencia conforme lo manifestó la demandante que tuvo un error o una inconsistencia en la historia laboral y que la AFP Colfondos SA. le informo que podía corregir tal inconsistencia. Por tanto se evidencia que la demandante tomo una decisión consiente al escoger el régimen y ratifico dicho deseo al mantenerse en el régimen desde el año 2001.

Conforme el decreto 2241 de 2010 que dice que es deber del consumidor financiero informarse adecuadamente respecto el sistema general de pensiones, se evidencia que no hubo interés en tener tal información, solamente cuando la demandante ya contaba con los requisitos para pensionarse tuvo un interés en conocer respecto a su derecho pensional.

No solo es deber de las AFP demostrar que se ha dado la información sino que también es carga probatoria de la parte accionante demostrar que realmente no se brindó tal información al momento de realizar dicha afiliación a las distintas AFP. La demandante había superado la edad para tener derecho a trasladarse, por tanto evidencia que se encontraba en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003 y por tanto resulta improcedente concederle la ineficacia como quiera que ella debió solicitar tal ineficacia conforme está dispuesto en los artículos 488 y 151 del CST y CPT así como lo dispuesto art 1750 del código civil y por no contar con la prohibición art 2 ley 797 de 2003.

Como quiera que la afiliación es válida y está ratificada conforme lo establece el artículo 1754 del código civil encontraríamos que resulta improcedente acceder a la ineficacia de la afiliación por tanto solicita revocar la decisión tomada por el A Quo y en su lugar sea la demandante válidamente afiliada al RAIS.

En caso de resultar desfavorable los pedimentos ruego que se ordene a la AFP a normalizar la afiliación en el sistema de información SIAPF así como la devolución de la totalidad de los soportes y entrega del archivo de las AFP a Colpensiones.

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 JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA efectuado por el (la) señora **Myrian Lopez Villamizar** el día 29 de septiembre de 2001; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección SA y 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 el(la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Protección SA el 29 de septiembre de 2001 con efectividad a partir del 1º de noviembre de 2001, (fl14 documento digital "03ANEXOS fl 15"), posteriormente solicito trasladarse a AFP Colfondos SA el día 29 de septiembre de 2003 con efectividad a partir del 1º de noviembre de 2003 (fl14 documento digital "03ANEXOS fl 12")

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 sentencias SL17595 de 2017, donde recordó 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 el expediente administrativo de la demandante. AFP Colfondos SA aportó: Comunicado de diario El Tiempo del 9 de enero de 2004

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 29 de septiembre de 2001, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener 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 29 de septiembre de 2001, la demandante tenía 287 semanas (fl14 documento digital "03anexo fl 32"), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 20 de enero de 1962 – documento digital "03anexos fl 1") y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, (a junio de 2017 ha cotizado más de 1.070 semanas – fl14 documento digital "03anexo fl 15"), podría pensionarse en el régimen de prima media, una vez reúna las 1300 semanas , con una mesada muy superior a la que alcanzaría en el RAIS, 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 una 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 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.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de las demandadas AFP Colfondos SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración, y Protección SA respecto a la no devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales, debe resaltarse que lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social de la demandante, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 de la constitución política, y no puede verse afectado por ningún motivo, y en ese sentido la AFP deberá realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos de administración y las primas de seguros previsionales conforme lo indicó el Juez de instancia, pues fue descontado del aporte efectuado por el afiliado, y en ese sentido no se puede ver afectado su derecho a la seguridad social, por el simple hecho de haberse trasladado al RAIS, pues se reitera que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de traslado es retornar las cosas como si no hubiese existido el traslado. Se confirma.

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 el señora **Myrian López Villamizar** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Protección SA el 29 de septiembre de 2001.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes AFP Colfondos SA, AFP Protección SA y Colpensiones, 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 17 de noviembre de 2020 por el juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (AFP Colfondos SA, AFP Protección SA. y Colpensiones) 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. 11001310503920190003101)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503920190003101)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503920190003101)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 31-2019-00603-01

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: LUCIA ESPERANZA GOMEZ SILVA

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
AFP COLFONDOS SA
UGPP**

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 31 Laboral del Circuito de Bogotá el día 01 de febrero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada Alida Del Pilar Mateus Cifuentes con tarjeta profesional No.221228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl186)

El apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la protección Social-UGPP (fls171-181) Colpensiones (fls. 183-186), AFP Porvenir SA (fls191-199) 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) Lucia Esperanza Gomez Silva instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad de la afiliación a los fondos de pensiones Porvenir S.A., y se autorice el regreso a Colpensiones
2. Que como consecuencia se ordene a los fondos de pensiones Porvenir, girar a Colpensiones la totalidad de los recursos recaudados por concepto de ahorro individual, con sus frutos e intereses, como aportes para pensión de la representada Lucia Esperanza Gomez Silva, sin efectuar descuentos.
3. Se Ordene a Colpensiones recibir a Lucia Esperanza Gomez Silva, como si nunca se hubiera trasladado a Porvenir SA y a recibir la totalidad de los recursos recaudados por concepto de ahorro individual, con sus frutos e intereses, como aportes para pensión, sin efectuar descuentos.
4. Se ordene a Porvenir SA a indemnizarla por los daños y perjuicios causados por la afiliación irregular de que fue objeto.
5. Se condene ultra y extra petita.
6. Se condene en costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: AFP Porvenir SA (fl. 189 expediente digital "003 contestación de demanda porvenir") de acuerdo al Auto del 27 de septiembre de 2019. Contestaron la demanda AFP Colfondos SA (fl. 189 expediente digital "002. 2019 603 contestación de demanda") y Colpensiones (fls.97-114), vinculadas en Auto del 27 de septiembre de 2019. Contesto la demanda la UGPP (fls. 124-140) vinculada en calidad de litisconsorcio necesario mediante auto del 1 de noviembre de 2019. Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito y de fondo.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 31 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 01 de febrero de 2021, **ABSOLVIÓ** de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante

Lucia Esperanza Gomez Silva a las demandadas Administradora Colombiana De Pensiones-Colpensiones-, Colfondos S.A., Porvenir S.A. y la vinculada UGPP. **CONDENÓ** al pago de costas y agencias en derecho a la demandante, en cuantía de medio SMLMV que deberá ser repartido entre las cuatro demandadas y **ORDENA** en consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

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

En vista de la decisión proferida por el despacho se presenta el recurso de apelación conforme al art 65 del Código Procesal del Trabajo, si bien existe un formulario, el mismo formulario no cumple con los requisitos conforme a la decisión tomada para que la demandante pueda haber hecho de su consentimiento realmente un acto libre para el traslado del régimen, lo que se está desconociendo es el art 20 que cita "se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz..." fundamento constitucional que no se pudo evidenciar dentro del proceso, y que manifiesta se desconoce el Decreto Ley 663 de 1993 art 98 y 97, que hace referencia a dar la información al momento de la afiliación de la persona quien está aspirando al traslado, así mismo el Decreto 720 art 94 el Decreto 656 art 15 y adicionalmente el fallo proferido por parte de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 68552 del 3 de abril con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo donde se manifiesta que frente a la situación, cuando se falta al deber de información brindada a quien pretende hacer el traslado de régimen se debe tener en cuenta la asesoría e información conforme a la ley 1748 del 2014 art 3 Decreto 2031 de 2015 circular externa Nro. 016, adicionalmente sustenta la parte, que bajo el mismo fallo se relaciona que debe existir el deber de información que como planteó la sentencia es el art 13 literal b de la ley 100 de 1993 donde se busca las características, condiciones y acceso sobre los registros de regímenes, la existencia del régimen de transición, y la eventual pérdida de beneficios pensionales, hecho que si bien se evidenció al interior del formulario el mismo no es óbice para poder garantizar que la información que se le dio a la demandante y se dio de manera completa, lo anterior viola ese derecho de información que le asiste a la demandante, tuvo que darse la información de manera contempla tanto en aspectos positivos como negativos, para el momento de hacer ese traslado, lo cual no ocurrió en ningún

momento , manifiesta la parte que si bien la sentencia marca los parámetros que se tenían que haber tenido en cuenta en su oportunidad, además el derecho de la afiliación es un deber del fondo privado que si bien hoy está afiliado a Porvenir SA, Colfondos SA tampoco probó tal situación, por ende se dirige al superior jerárquico para que tenga en cuenta lo anterior y se revoque la decisión.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el (la) señora Lucia Esperanza Gomez Silva el día 11 de octubre de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA y AFP Colfondos S.A. devuelvan 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 el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos SA el 11 de Octubre de 1999 a partir del 1° de diciembre de 1999 (folio 189 expediente digital "003. Contestación de demanda porvenir " folio 58), posteriormente solicito trasladarse a AFP Porvenir SA el día 5 de diciembre de 2001 con efectividad a partir del 1° de febrero de 2002 (folio 189 expediente digital "003. Contestación de demanda porvenir " folio 58), fondo en el que actualmente se encuentra afiliado.

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 por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación 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 el expediente administrativo de la demandante. AFP Porvenir SA aportó: copia del certificado ASOFONDOS SIAFP, copia del formulario de vinculación suscrito por la parte actora con Horizonte S.A. el día 05 de diciembre de 2001, copia de la comunicación emitida por la parte demandante, en donde acepta las condiciones pensionales y las implicaciones de la afiliación, copia de la página de periódico El Tiempo del 14 de enero de 2004, en la que se hizo la publicación del “Comunicado de Prensa” de varios de los fondos privados, entre ellos Porvenir S.A., copia simple del “Comunicado de Prensa” antes referido, copia del concepto de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Rad. N° 2019152169-003-000 del 17 de enero del 2020, copia del certificado de vinculación a favor del demandante, emitido el día 03 de septiembre de 2020, copia de la relación histórica de movimientos de la CAI del demandante, emitida el día 03 de septiembre de 2020, copia de la historia laboral del bono pensional de la demandante, emitida por la OBP del ministerio de hacienda y crédito público el día 03 de septiembre de 2020. AFP Colfondos SA apporto: Historial de vinculaciones SIAFP, estado de la vinculación con Colfondos S.A. y Artículo del Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 11 de octubre de 1999 fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener 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 11 de octubre de 1999, la demandante tenía 815 semanas (folio 44) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 38 años, siendo beneficiaria del régimen de transición (nació el 20 de junio de 1956 – fl 28) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría eventualmente haberse pensionado en el RPM (actualmente ha cotizado más de 1704 semanas fl 44), 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 una desventaja para sus derechos pensionales, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, de tal manera que para obtener en el RAIS una pensión siquiera igual a la del RPM tendría que hacer cuantiosos aportes al RAIS, 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 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 **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **Lucia Esperanza Gomez Silva** de la ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos SA el día 11 de octubre de 1999 con efectividad a partir del 1 de diciembre de 1999, así mismo en la que solicitó el traslado de AFP Colfondos S.A. a AFP Porvenir S.A. el día 5 de diciembre de 2001 con efectividad a partir del 1 de febrero de 2002 (folio 189 expediente digital "003. contestación de demanda porvenir " folio 58); en consecuencia condenar a la AFP Porvenir SA a la *devolución* a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, 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 junto con los gastos de administración; **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones –

Colpensiones a *aceptar* dichos valores, ordenando igualmente la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA: Sin costas en esta instancia, en la primera a cargo de las demandadas.

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 1 de febrero de 2021 por el Juzgado 31 laboral del circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Lucia Esperanza Gomez Silva** de la ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos SA el día 11 de octubre de 1999 con efectividad a partir del 1 de diciembre de 1999, así mismo en la que solicito el traslado de AFP Colfondos S.A. a AFP Porvenir S.A. el día 5 de diciembre de 2001 con efectividad a partir del 1 de febrero de 2002; en consecuencia **CONDENAR** a la AFP Porvenir SA a la *devolución* a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, 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 junto con los gastos de administración; y **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a *Aceptar* dichos valores, ordenando igualmente la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia, en la primera a cargo de las demandadas.

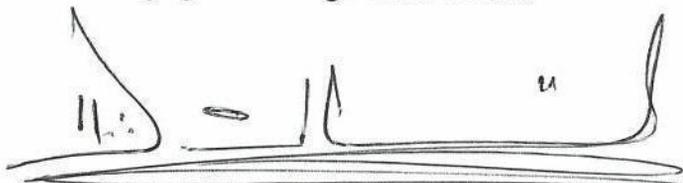
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503120190060301)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503120190060301)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503120190060301)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 31-2019-00808-01

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: CARMENZA AGUDELO PELÁEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
AFP PROTECCION SA
AFP SKANDIA OLD MUTUAL

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES, PORVENIR SA, PROTECCION SA Y
SKANDIA OLD MUTUAL)) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colpensiones, Porvenir SA, Protección SA y Skandia Old Mutual) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de abril de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de Colpensiones (fls. 98-127), AFP Porvenir SA (fls128-137) AFP Skandia SA (fls138-156) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 21 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **Carmenza Agudelo Peláez** instauró demanda ordinaria laboral contra la administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones, contra AFP Porvenir SA, contra AFP Protección SA y contra AFP Old Mutual (hoy AFP Skandia SA), debidamente sustentada como aparece a folios 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad de la afiliación efectuada a la Sociedad Porvenir S.A, el doce (12) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994), el cual significó el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.
2. Se declare la nulidad de la afiliación efectuada a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A., el doce (12) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999), que significó solamente el traslado de administradora en el mismo régimen de ahorro individual con solidaridad.
3. Se declare la nulidad de la afiliación efectuada a Old Mutual Administradora De Pensiones Y Cesantías S.A., el veintinueve (29) de marzo de dos mil cinco (2005) que se hizo efectiva el primero (01) de mayo de mil dos mil cinco (2005), y que significó solamente el traslado de administradora en el mismo régimen de ahorro individual con solidaridad.
4. Se declare que el traslado de régimen de pensiones ocurrido el doce (12) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994), obedeció al engaño, error, y asalto a la buena fe en contra de la señora Carmenza Agudelo Peláez.
5. Se declare que la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrada por el otrora Instituto de los Seguros Sociales, ahora Colpensiones, en virtud de la nulidad de traslado, permaneció incólume y por ello, surte todos los efectos legales.
6. Se declare que Old Mutual administradora de pensiones y cesantías S.A., traslade a la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas al momento del traslado del régimen, así como los demás dineros aportados por la señora Carmenza Agudelo Peláez, durante todo el tiempo que ha estado afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad.
7. Se declare que la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, Sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A,

- Sociedad administradora de fondos de pensiones Y cesantías Protección S.A., Old Mutual administradora de pensiones Y cesantías S.A. tienen que pagar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.
8. Se condene a la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, a inscribir, sin solución de continuidad, la afiliación de la señora Carmenza Agudelo Peláez, en el régimen de prima media con prestación definida.
 9. Se condene a Old Mutual Administradora de pensiones y cesantías S.A. a trasladar a la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas al momento del traslado del régimen, así como los demás dineros aportados por la señora Carmenza Agudelo Peláez, durante todo el tiempo que ha estado afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad.
 10. Se condene a la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones al reconocimiento y pago de pensión vitalicia de vejez en favor de la señora Carmenza Agudelo Peláez desde el mismo cumplimiento de los requisitos legales
 11. Se condene a la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado desde el cumplimiento de los requisitos legales y la fecha de inclusión en nómina de la primera mesada pensional de la señora Carmenza Agudelo Peláez
 12. Se condene a la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, Sociedad administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Sociedad administradora de fondos de Pensiones y cesantías Protección S.A., Old Mutual administradora de pensiones y Cesantías S.A., a pagar los intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la ley 100 de 1993.
 13. Se condene a la indexación de todas aquellas sumas de dinero que no sean susceptibles de intereses moratorios para evitar la pérdida del poder adquisitivo.
 14. Se condene en extra y ultra petita
 15. Se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.63-76), AFP Porvenir SA (fl. 92 expediente digital "009. Contestación 2019-808"), y AFP Skandia Old Mutual (fl. 92 expediente digital "N008") Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito y de fondo, Así mismo, por medio de auto del 2 de

septiembre de 2020 se manifiesta que AFP Protección SA presentó contestación de la demanda el 18 de agosto de 2020, esto es, después del término concedido para tal fin, toda vez que fue notificada el 24 de julio de 2020, razón por la cual se tendrá por no contestada la demanda, en el caso de Mapfre Colombia Vida y Seguros S.A Contestó la demanda y el llamamiento en garantía (fl. 92 expediente digital N012) de acuerdo con el auto del 25 de septiembre de 2020 en calidad de llamado en garantía.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 31 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 26 de abril de 2020, **DECLARÓ** la nulidad del traslado de régimen de la demandante, del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro individual con solidaridad, teniéndola como válidamente afiliada a la **administradora Colombiana de pensiones- Colpensiones**. **CONDENÓ** a la **administradora Colombiana de pensiones- Colpensiones** a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiere trasladado de régimen. **CONDENÓ A Skandia Old Mutual** a que traslade a la **administradora Colombiana de pensiones- Colpensiones**, la totalidad de sumas de dinero que recibió de la demandante por concepto de aportes, sin que sea posible descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración o seguros. Igualmente, deberá trasladar a la **administradora Colombiana de pensiones- Colpensiones**, las sumas de dinero que reciba como consecuencia de esta sentencia de **Porvenir SA y Protección SA**, correspondientes a las sumas de dinero que estas últimas descontaron de los aportes de la demandante por concepto de gastos de administración o seguros. **CONDENÓ a Porvenir SA** a trasladar a **Skandia Old Mutual**, la totalidad de sumas de dinero que descontaron a la demandante por concepto de gastos de administración o seguros. **CONDENÓ a Protección SA** a trasladar a **Skandia Old Mutual**, la totalidad de sumas de dinero que descontaron a la demandante por concepto de gastos de administración o seguros. **ABSOLVIÓ** de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante a la llamada en garantía **Mapfre Seguros De Vida**. **CONDENÓ a Porvenir SA, Protección SA y SKANDIA** al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente en

favor de la demandante. **CONDENÓ** a la demandante **Carmenza Agudelo Peláez** al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente en favor de la **administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones**.

RECURSO DE APELACIÓN

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

NULIDAD Y/O INEFICACIA:

Presenta recurso sustentado en primer lugar en la declaración de nulidad, manifiesta que se debe verificar que se trata de una persona capaz, mayor de edad, que no había ningún vicio en el consentimiento como error fuerza o dolo como se demostró, ahora, enfatiza que para el año 94 no existía documento adicional de la información que se tuviera que entregar al momento de traslado, el formulario de afiliación era el único documento requerido y existente para la época, es un formulario público que brindaba la información brindada, así mismo, conforme a pertenecer al RAIS, en su momento debió recibir información de las AFP demandadas, resalta que es importante ver que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición expresa en el marco de la ley 797 de 2003 para el traslado, norma con control previo constitucional con sentencia C1024 de 2004 que fue declara exequible, que vela por el interés general y no particular, basada en velar por el no detrimento patrimonial de los fondos, por lo tanto no es dable que la demandante se escude hoy que porque su aspiración de mesada pensional no cubre sus expectativas entonces procede a demandar, es importante agregar que la demandante estuvo afiliada a Porvenir SA donde la asesora Ingrid Rodríguez le brindó información en la afiliación, lo que pasa es que la señora ya no está de acuerdo con lo que podría recibir como mesada pensional.

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Sustentó que es preciso determinar que los cobros por gastos de administración corresponden al tiempo que estuvo la afiliada, dado que estos descuentos son de acuerdo a ley en el inc. 2 art 20 de la ley 100 de 1993, también como en el RPM se destina un 3% de cotización a cotizar gastos de administración, pensión de invalidez y sobreviviente, donde aclara que estos gastos no forman parte integral de la pensión vejez, por ende si son prescritos y sí se generó ese cobro pero no tendrían por qué devolverse, sostiene la apoderada además que la Superfinanciera ha dicho

que los únicos dineros a trasladar son los concierntes con las cuentas de los afiliados y no los referentes a la administración del servicio y su cobertura, por ende tampoco procedería esa devolución de gastos de administración, así las cosas, solicita revocar la sentencia.

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

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Presenta recurso frente al traslado de lo descontado por valor de administración y gastos de seguro mientras estuvo la afiliada, toda vez que la comisión de administración y la suma de seguros previsionales son descuentos legales que corresponden a una parte de esos aportes de los afiliados del sistema general de pensiones, esos descuentos operan en ambos regímenes, obra como prueba que la cuenta de la demandante generó un rendimientos superiores a los aportes que hizo y lo que habría podido recibir en el RPM, mientras que en el RAIS se generan unas gestiones para generar una rentabilidad en las cuentas de ahorro individual diferente al RPM, donde va todo al fondo común con rendimientos mínimos, por ende no se puede declarar nulidad hoy día porque la afiliada no está de acuerdo con la mesada que le corresponde porque es claro que tuvo el acompañamiento por tres fondos privados donde se le explicó cómo se pensionaba en el RAIS, ahora por ello no se puede validar su sustento de no estar de acuerdo, manifiesta que no debería por ello declararse la nulidad, menciona que esos dineros no hacen parte de la pensión vejez de la demandante, los fondos tienen derecho a conservarla a su favor porque no existe una razón para trasladar a Colpensiones cuando ellos no trabajaron por ello, ahora bien, argumenta que en el caso del seguro de la prima previsional esos recursos ya fueron trasladados a una compañía, y el fondo privado no está en la posición de pedírsela a la aseguradora pues es un tercero de buena fe, menciona la sentencia SL 2324 del 19 de marzo de 2019 magistrada ponente Ana María Muñoz Segura, donde luego de darse la ineficacia por un afiliado, se refirió al rol de los terceros de buena fe en este tipo de procesos considerando que para tal efecto esas consecuencias no pueden recaer sobre esos terceros, manifiesta que además que es una ineficacia que no es plena, debe mantenerse todos los hechos que se presumen de buena fe, en este caso Porvenir SA no hizo parte del traslado primogenio de la demandante por lo tanto es un tercero de buena fe y la aseguradora también se constituiría como tercero de buena fe, así deja sustentado y se solicita revocar y absolver a Porvenir SA para no tener que devolver a Skandia lo percibido.

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

Presenta recurso por la condena impuesta con el fin devolver los gastos de administración a Colpensiones, según lo expuesto en el art 20 de la ley 100 de 1993 se establece que hacen parte de esos cobros de ahorro individual con solidaridad, en el cual enfatiza que hay un porcentaje con destino a las cuentas individuales, un porcentaje de ello a las primas, y otro a las comisiones por administración, menciona el decreto 3995 de 2008 art 7 donde se señala que los regímenes de sistemas de pensiones cuando se trata de una administradora del RAIS debe trasladar el saldo en unidades de los aportes realizados a nombre del trabajador, destinadas a la respectiva cuenta de ahorro individual y al fondo de garantía de pensiones mínima del RAIS, multiplicado por el valor vigente en las operaciones del día en el que se efectuó el traslado, por ende, para todos los efectos el traslado de las cotizaciones debe incluir lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, por su parte en conceptos de la Superfinanciera que es el ente de vigilancia y control de las aseguradoras y las AFP, considera que al decretarse la nulidad o ineficacia procede únicamente con los saldos de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos generados así como los porcentajes destinados para la garantía de pensión mínima y sus respectivos rendimientos, y de allí que la normatividad aplicable al caso concreto en los diferentes conceptos emitidos por los entes de control se concluye que no es un sustento legal ordenar trasladar al RPM el porcentaje de gastos de administración, ni la prima de seguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia igualmente. Pues, al reintegrarse las sumas descontadas por concepto de administración dado que se destina a pagar una suma para financiar la póliza de cubrimiento de seguros de invalidez y de muerte y la otra parte para sufragar los gastos de administración, de las cuales hoy en día la demandante se encuentra con una cuenta que produjo unos rendimientos financieros, sustenta que ya no es posible, pues fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y de muerte de la actora y por ende no se encuentran en las arcas de la AFP. La parte sustenta que tampoco es viable descontar el porcentaje descontado en la comisión de administración teniendo en cuenta que dichos recursos ya fueron utilizados justamente en la administración de la cuenta individual, siendo ineficaz el traslado de los mismos como se ha indicado por la Superfinanciera en el concepto ya citado.

El recurso también va frente al punto en el que la juez absolvió a la aseguradora MAPFRE llamada en garantía en el proceso, pues considera que según el art 20 de

la ley 100 de 1993 y lo establecido en el artículo 64 del CGP, permite vincular a las entidades en virtud de los contratos, en este caso en virtud del seguro previsional suscrito entre MAPFRE y SKANDIA durante la vigencia del año 2007 al año 2018. Se pidió tener presente que al ordenarse dentro de la parte resolutive de la sentencia recientemente proferida, ordena a SKANDIA no solamente a regresar a Colpensiones los gastos de administración sino que también tiene que recibir los gastos de administración de las demás AFP, y volverlos a reintegrar a la cuenta de Colpensiones. Resaltó como importante tener en cuenta que MAPFRE si tendría que responder en lo concerniente a los dineros que recibió justamente fruto de la administración de seguros durante la vigencia 2007-2018, tal como se acreditó en los documentos del llamamiento en garantía pues es MAPFRE quien tiene esos recursos. Por ende debió haberse condenado a MAPFRE quien fue quien recibió los dineros concernientes a seguros, para que sea quien deba asumir la devolución de dichos dineros a favor de Colpensiones.

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

Sustenta recurso toda vez que según el apoderado la parte demandante le asiste la prohibición de reintegrarse al RPM por encontrarse a menos de 10 años de pensionarse, sostiene que, de acuerdo por lo aportado en los testimonios se ve que la demandante tuvo pleno consentimiento suyo para pasarse de régimen, es decir no hubo vicios de consentimientos, menciona sentencia SL 413 de 2018 que se consolida como actos de relacionamiento que da plena validez a sus traslados dentro del RAIS, no se logra justificar cómo en modo tiempo y lugar que se hayan realizado tantos traslados y no se tenga conocimiento, por ende afirma no hay mérito para declarar la nulidad y solicita la revocatoria de la sentencia al honorable Tribunal.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora **Carmenza Agudelo Peláez** el día 12 de julio de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección SA y AFP Porvenir SA y AFP Skandia SA devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y

consecuencialmente continúe afiliada al RPM. 3. Si en el presente caso resulta procedente ordenar el llamamiento en garantía de la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros SA

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 12 de julio de 1994 con efectividad a partir del 1° de agosto de 1994, (folio 34), posteriormente solicitó trasladarse a AFP Colmena hoy Protección SA el día 12 de Julio de 1999 con efectividad a partir del 1° de septiembre de 1999 (folio 36) finalmente se trasladó a la AFP Skandia SA el día 29 de marzo de 2005 con efectividad a partir del 1° de mayo de 2005 (folio 92 expediente digital "008. Contestación skandia" folio 37).

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 por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación 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 recordó 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 el expediente administrativo de la demandante. AFP Porvenir SA aportó: Copia del certificado ASOFONDOS SIAFP, Copia del formulario de

vinculación suscrito por la parte actora con Porvenir S.A el día 12 de julio de 1994, Copia de la página de periódico El Tiempo del 14 de enero de 2004, en la que se hizo la publicación del "Comunicado de Prensa" de varios de los fondos privados, entre ellos PORVENIR S.A, Copia simple del "Comunicado de Prensa" antes referido. Copia del concepto de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Rad. N.º 2019152169003-000 del 17 de enero del 2020, Copia del certificado de egreso, emitido por mi representada el día 17 de septiembre de 2020. Copia de la relación histórica de movimientos de la CAI. AFP Skandia SA aporto: Copia Formulario de Afiliación N° 299101 expedido por Skandia, de fecha 29 de marzo de 2005 historia laboral consolidada expedida por Skandia de fecha 25 de agosto de 2020 estado de cuenta expedido por Skandia de fecha 25 de agosto de 2020 bono pensional, expedido por Ministerio de Hacienda y Crédito Público de fecha 25 de agosto de 2020 copia del Derecho de petición radicado por la demandante en fecha 21 de junio de 2019 ante Old Mutual, copia respuesta a derecho de petición bajo el radicado N° LC-2473 de 15 de julio de 2019, expedido por Old Mutual, copia de acción de tutela en contra de Old Mutual hoy Skandia de fecha 12 de agosto de 2019, copia respuesta a acción de tutela bajo el radicado N° LC-2907 de 14 de agosto de 2019, expedido por Old Mutual.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 12 de julio de 1994, 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 12 de julio de 1994, la demandante tenía 729,71 semanas (folio 92 expediente digital "008. contestación skandia" fl 45) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 28 años (nació el 1 de octubre de 1966 – (fl 57") y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad podría eventualmente pensionarse en el año 2023 en el RPM (actualmente ha cotizado más de 2031 semanas fl 92 expediente digital "008.contestacion Skandia" fl 45), 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 una desventaja para sus derechos pensionales, sin que le hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, de tal manera que para obtener en el RAIS una pensión siquiera igual a la del RPM tendría que efectuar cuantiosos aportes adicionales al RAIS, 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, AFP Protección SA ni AFP Skandia 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.

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de las demandadas AFP Porvenir SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración, y Protección SA y AFP Skandia SA respecto a la no devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales, debe resaltarse que lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social de la demandante, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 de la constitución política, y no puede verse afectado por ningún motivo, y en ese sentido las AFPs deberán realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos de administración y las primas de seguros previsionales conforme lo indicó el Juez de instancia, pues fue descontado del aporte efectuado por el afiliado, y en ese sentido no se puede ver afectado su derecho a la seguridad social, por el simple hecho de haberse trasladado al RAIS, pues se reitera que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de traslado es retornar las cosas como si no hubiese existido el traslado. Se confirma.

Frente a lo alegado por la AFP Skandia SA en cuanto a que debe ser llamada en garantía en el presente proceso la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros SA en virtud del seguro provisional de invalidez y sobrevivencia póliza No. 9201407000002 y sus renovaciones (folio 92 expediente digital "012. Contestación de demanda y llamamiento en garantía " fl 5), es de aclarar que la mencionada póliza solo se activa en ese orden, a ayudar a cubrir las posibles mesadas que se deriven de las contingencias derivadas por invalidez o muerte. Dado que el proceso tiene como finalidad establecer si es ineficaz y/o nulo el contrato de afiliación suscrito por la demandante con la AFP Porvenir SA y en consecuencia ordenar su traslado de la AFP Skandia SA (donde actualmente se encuentra activo) al régimen

de prima media y condenar a Colpensiones a adelantar las gestiones para obtener los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, se observa que ninguna de estas obligaciones es atribuible a la entidad aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros SA acorde al objeto de la póliza que se contrató con la misma, de manera que no cumple los requisitos exigidos para tenerla como llamada en garantía.

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 el señora **Carmenza Agudelo Peláez** del ISS hoy administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir SA el 12 de julio de 1994.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes AFP Porvenir SA, AFP Protección SA, AFP Skandia SA y Colpensiones, 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.

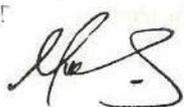
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de abril de 2021 por el juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (AFP Porvenir SA, AFP Protección SA. AFP Skandia SA y Colpensiones) 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.

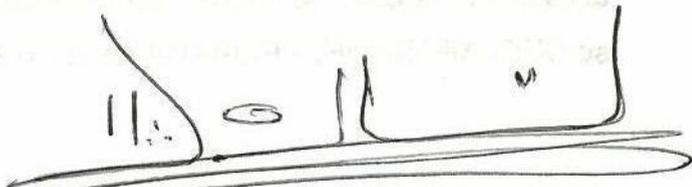
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503120190080801)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503120190080801)

Aclaros voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503120190080801)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 29-2020-00008-01

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: GENY TOVAR RAMIREZ

DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
PORVENIR SA

ASUNTO: APELACIÓN DEMANDADA (COLPENSIONES) CONSULTA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de abril de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada Brigitte Natalia Carrasco Boshell con tarjeta profesional No. 288.455 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de PORVENIR SA, para todos los efectos del poder allegado por correo electrónico a este despacho.

El apoderado de la parte demandante (fl. 135 a 146), así como Porvenir SA (fls. 130 a 133) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 24 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) Geny Tovar Ramírez instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, AFP Colfondos SA y Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 27 a 49 subsanó de folios 52 a 86, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATORIAS:

1. Se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y el traslado de régimen de pensiones de la señora Geny Tovar Ramírez, al régimen de ahorro individual con solidaridad, ante la omisión de Colfondos SA, del deber de información.
2. Se declare la anulación por ineficacia del traslado de fondo privado de pensiones la señora Geny Tovar Ramírez, entre sociedades del régimen de ahorro individual con solidaridad, eso es, de Colfondos SA a Porvenir SA, antes Colpatria SA, por la omisión en la información por parte de las dos administradoras privadas de pensiones para brindar la posibilidad de regresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y/o permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad.
3. Se declare que los traslados de régimen de pensiones y entre los fondos privados de pensiones obedecieron a la omisión de la información, engaño, error y asalto de la buena fe en contra de la señora Geny Tovar Ramírez.
4. Se declare que la afiliación de la Geny Tovar Ramírez al régimen de prima media con prestación definida, administrada por el otrora ISS, ahora Colpensiones, en virtud de la nulidad del traslado, permaneció incólume y por ello, surte todos los efectos legales.
5. Se declare que Porvenir SA, debe trasladar a Colpensiones, la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas al momento del traslado del régimen, así como los demás dineros aportados por la señora Geny Tovar Ramírez, durante todo el tiempo en que ha estado afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

CONDENATORIAS

1. Se ordene el traslado y la afiliación a Colpensiones, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, y por ello, a inscribir, sin solución de continuidad, la afiliación de la señora Geny Tovar Ramírez, como si nunca se hubiere ido del mismo.
2. Se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones, la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas, así como los dineros aportados por la señora Geny Tovar Ramírez durante todo el tiempo en que ha estado afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad
3. Que se condene extra y ultra petita.
4. Se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.96 a 103), Colfondos SA (fls.95) y Porvenir SA (fl.114 expediente digital), de acuerdo al auto del 27 de febrero de 2020. Colpensiones y Porvenir SA se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito, Colfondos se allana a las pretensiones.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 29 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 22 de abril de 2021, **DECLARÓ** la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado del régimen de pensión que hiciera la señora Geny Tovar Ramírez identificada con CC nro. 51.783.959, ante Colfondos SA el día 31 de octubre de 1994, por los motivos expuestos. En consecuencia **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **ORDENÓ** a Porvenir SA, a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante Geny Tovar Ramírez, como cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir de Porvenir SA, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. **SIN CONDENA EN COSTAS**, CONSULTAR la decisión en caso de no ser apelada.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada Colpensiones

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Presenta recurso de apelación parcial en contra del numeral segundo de la sentencia, para que el honorable tribunal adicione en cuanto a los gastos de administración, con fundamento en las reiteradas sentencias de la honorable Corte Suprema de Justicia así como el art 1746 del Código Civil el cual se aplica como analogía frente a la ineficacia, es decir, en este caso de declarar la ineficacia se debe entender que la actuación se tiene como no realizada por ende tampoco los descuentos de gastos de administración, solicita al tribunal adicionar a la sentencia proferida en primera instancia en el sentido de condenar al fondo privado a la devolución también de los gastos de administración con el fin de poder realizar el cálculo actuarial y la actualización de la 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 Colfondos SA efectuado por el (la) señora Geny Tovar Ramírez, desde el día 31 de Octubre de 1994 cuando de Colpensiones se trasladó a la AFP Colfondos y de Colfondos SA a la AFP Colpatria el día 04 de junio de 1997, de la AFP Colpatria a Horizonte SA el 29 de septiembre del 2000 para finalmente quedar por fusión de las compañías el 01 de enero de 2014 en la AFP Porvenir SA. **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir SA

devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecucionalmente 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 de Colpensiones el 31 de octubre de 1994 a Colfondos SA con fecha de efectividad de 01 de noviembre de 1994, y de Colfondos SA a la AFP Colpatria el día 04 de junio de 1997 con fecha de efectividad del 01 de agosto de 1997, así como de la AFP Colpatria a Horizonte SA el 29 el 09 de septiembre del 2000 con efectividad en la misma fecha ya que fue por una cesión de fusión, para finalmente quedar por fusión de las compañías el 01 de enero de 2014 en la AFP Porvenir SA con fecha efectiva del mismo día.

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 Colfondos SA se allanó a las pretensiones de la demanda por lo que no aportó documentos, Colpensiones pidió se tuvieran como pruebas las aportadas por la demandante, y Porvenir SA aportó formulario de solicitud de traslado horizontal a Colpatria SA hoy Porvenir del 04 de junio de 1997, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral de bono, historial de vinculaciones SIAFP comunicados de prensa, concepto Superfinanciera 2019152169-003-000.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 31 de Octubre de 1994, 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 octubre de 1994, la demandante tenía 357 semanas (fl. 11), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 12 de mayo de 1965 – fl. 11) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años es decir en el año 2022 podría pensionarse en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.623 semanas – fl. 11), 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 una 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 Colfondos SA ni Porvenir SA.

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado de la señora Geny Tovar Ramírez del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dicho lo anterior resulta consecuente se aclare que, va incluido el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la

AFP, tales como aportes, rendimientos, sumas adicionales, pues al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sido clara en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, que con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por Porvenir SA., incluyendo los gastos de administración, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

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 Geny Tovar Ramírez de Colpensiones a Colfondos SA el 31 de octubre de 1994 con fecha de efectividad de 01 de noviembre de 1994, y de Colfondos SA a la AFP Colpatria el día 04 de junio de 1997 con fecha de efectividad del 01 de agosto de 1997, así como de la AFP Colpatria a Horizonte SA el 29 el 09 de septiembre del 2000 con efectividad en la misma fecha ya que fue por una cesión de fusión, para finalmente quedar por fusión de las compañías el 01 de enero de 2014 en la AFP Porvenir SA con fecha efectiva del mismo día, aclarando que con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por Porvenir SA, incluyendo los gastos de administración.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA: 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 22 de abril de 2021 por el juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, pero conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, bajo el entendido que al declararse la ineficacia del traslado, han de devolverse todos los valores recibidos por Porvenir S.A., incluyendo los gastos de administración.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

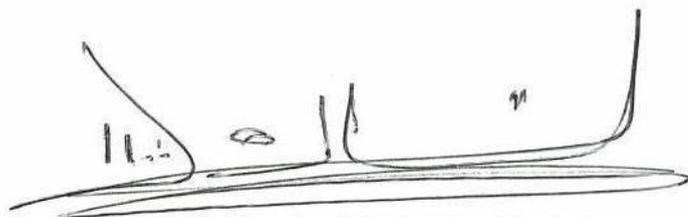
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

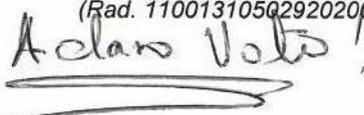
Ponente

(Rad. 11001310502920200000801)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502920200000801)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502920200000801)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 13-2018-00741-01

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: JORGE HUMBERTO SANDOVAL TORRES

DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
AFP PROTECCION SA
AFP COLFONDOS SA
COLPENSIONES

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR SA Y PROTECCION SA) // CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir SA y Protección SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de abril de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandada AFP Protección SA (fls 258-264) y AFP Porvenir SA (fls 274-278) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 24 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Jorge Humberto Sandoval Torres instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, AFP Porvenir SA, y AFP Protección SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar nula o ineficaz la afiliación realizada al RAIS a nombre del señor Jorge Humberto Sandoval Torres realizada y promovida por la AFP Porvenir SA. Por el incumplimiento de los deberes legales de información al demandante.
2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia determinar que todas las afiliaciones posteriores que hubiere efectuado el demandante en el RAIS carecen de validez jurídica.
3. Declarar que el sr Jorge Humberto Sandoval Torres se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.
4. Condenar a la AFP Porvenir S.A. a registrar en el sistema de información de los fondos privados que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad del señor Jorge Humberto Sandoval Torres fue nula y/o ineficaz.
5. Condenar a la AFP Protección SA., como la administradora de pensiones actual en la que se encuentra afiliado el demandante, a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás.
6. Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a activar la afiliación en pensión del señor Jorge Humberto Sandoval Torres identificado con cedula de ciudadanía No. 19.311.660 de Bogotá.
7. Condenar a las administradoras de pensiones demandadas sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.
8. Condenar a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls 96-106), AFP Protección SA (fls 137-187) y AFP Porvenir SA (fls 191-219 de acuerdo al auto del 17 de enero de 2019. Se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito y

de fondo. Contesto la demanda AFP Colfondos SA allanándose a las pretensiones (fl248 “medio magnético”) de acuerdo al auto del 12 de noviembre de 2019 que ordena integrar a Colfondos como litisconsorte necesaria en el proceso.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 8 de abril de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado que hiciera el demandante Jorge Humberto Sandoval Torres, a través de la AFP Porvenir S.A., en octubre de 1996, y de contera las realizadas ante AFP Colfondos S.A. y AFP Protección S.A., por las razones expuestas. **CONDENÓ** a la demandada Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A., a devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, que tenga cada una en su poder en la actualidad, por lo expuesto precedentemente. **CONDENÓ** a Colpensiones a tener como afiliado al demandante, recibir los dineros referidos anteriormente y actualizar la historia laboral del demandante. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **CONDENÓ** en costas a Porvenir SA. Incluyéndose como agencias en derecho en esa instancia en favor de la parte actora, el equivalente a 1 SMLMV y **SOLICITÓ** remitir en grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 CPT y de la SS en favor del Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Porvenir S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

NULIDAD Y/O INEFICACIA:

Sustenta que no es factible declarar la ineficacia toda vez que no se logró probar que pudieran faltar elementos esenciales para tal acto jurídico, y tampoco procedería la nulidad absoluta del cambio de régimen ya que el demandante no era un incapaz absoluto, y de haberse presentado una irregularidad con el cambio de régimen, sustenta que necesariamente tendría que ser catalogado como una nulidad relativa que pueden declararse de manera expresa, tacita y está suscrita al fenómeno prescriptivo, ahora bien, sustenta que no se valoró que la parte actora para cuando la parte voluntariamente se afilió no tenía ningún derecho pensional consolidado para cuando se afilió al RAIS, debe verse que el afiliado lo hizo de

manera voluntaria dijo el apoderado, por lo que no existe una razón jurídica ni fáctica para que Porvenir SA tenga que adicionar una información más sobre el cambio de pensiones, estos derechos pensionales no se cumple con la sola afiliación, esto se constituye con actos continuos y sucesivos con el pago de aportes que con el tiempo genera derechos adquiridos, por ende para declarar la nulidad por no emplear más que el formulario de afiliación afecta prestaciones del sistema, sin perjuicio de lo anterior declarar la nulidad es contrario a la norma, porque conlleva a un detrimento patrimonial de los fondos del estado, y menciona que el legislador respaldó esa libertad del afiliado de escoger régimen y por ende debe valorarse cada caso en particular y no masivamente, menciona la sentencia 5912 del 13 de mayo del año 2020 pues bien lo nombró el magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, manifestó el apoderado.

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Presenta también inconformidad frente a la condena para la devolución de gastos de administración , pues se desconoce la calidad propia que establece la ley al RAIS y es generar esos cobros de administración por la prima de seguros, para descontar esos rubros por la administración mientras el afiliado está en el fondo, ya que esos cobros están dentro de la prima de seguros, toda vez que mientras la parte estuvo afiliado cobijando sus posibles contingencias, y que en efecto de la ineficacia sería como si el acto jurídico no hubiere existido por lo mismo no tendría que devolverse los rendimientos ni gastos, pues sería enriquecimiento sin justa causa, menciona el art 113 literal b de la ley 100 de 1993 dice cuáles son los rubros a devolver, y no están en este concepto los gastos de administración, solo habla del traslado del dinero que esté en la cuenta de ahorro individual del afiliado., pertenecen entonces los gastos de administración al fondo privado como contraprestación a la gestión, pues sería tanto como ordenarle a una compañía de seguros que si no se presenta el siniestro amparado que se devuelva el valor de la póliza, por ende sustenta su recurso en los anterior para que sea revocada la decisión.

La **parte demandada (Protección S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Interpone recurso frente a la condena del traslado de los gastos de administración por el tiempo que el afiliado estuvo con el fondo, toda vez que la primera instancia ordena a devolver estos gastos, rendimientos y todo lo descontado la comisión por administración estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y la parte demandante pues no está sustentando económicamente la pensión vejez, sustenta también el recurso toda vez que ya se le estarían devolviendo los frutos de la gestión del fondo, no se ve razón por qué le tuviera que trasladar a Colpensiones también los gastos de administración que no hace parte de la pensión vejez, ahora bien, a la prima fue consignada mes a mes a la aseguradora, por ende está en imposibilidad de devolver esos rubros y trasladarla a Colpensiones porque la aseguradora es un tercero de buen fe, ya que nada tuvo que ver con el contrato con la parte demandante, resalta que el 3% de administración opera la prescripción porque son conceptos que se descuentan en la periodicidad y que no financian directamente la prestación económica por vejez por ende son conceptos que prescriben por el art 488 del Código Sustantivo del trabajo en concordancia con el art 151 del Código procesal laboral, que expresan que en 3 años hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción, de esta manera la apoderada sustenta este recurso para que se revoque parcialmente la decisión, y se absuelva al fondo de trasladar a Colpensiones los gastos de administración y solo se traslade lo consignado en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos generados en dicha cuenta.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señor(a) Jorge Humberto Sandoval Torres el día 31 de octubre de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Protección SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado 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 31 de octubre de 1996, con efectividad a partir del 1º de diciembre de 1996 (fl 163), solicito trasladarse a Colfondos SA el 20 de marzo de 2009 con efectividad a partir del 1º de mayo de 2009 (fl 163) y finalmente solicito trasladarse a la AFP Protección SA el 12 de diciembre de 2012, con efectividad a partir del 1º de febrero de 2013 (fl 163).

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 por 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 el 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 recordó 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 el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir SA aportó: certificado de afiliación expedido por Porvenir S.A., certificado de asofondos SIAFP, copia formularios de afiliación, edicto emplazatorio diario El Tiempo, copia historia laboral, copia de relación de aportes Porvenir, oficio del 14 de agosto de 2018. AFP Protección SA apporto: formulario afiliación, historia laboral bono

pensional, certificado SIAFP, movimientos cuenta ahorro individual, historia laboral, comunicado emitido por Protección el 28 de agosto de 2018, concepto de Superfinanciera, comunicado prensa del año de gracia, y políticas para asesorar personas naturales.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de abril de 2000, 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 Octubre de 1996, el(la) demandante tenía 91 semanas (fl. 168), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 09 de julio de 1957 – fl. 21) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, (a agosto de 2019 había cotizado 1253.29 semanas) podría pensionarse en el régimen de prima media, una vez reúna las 1300 semanas, con una mesada pensional muy superior a la que alcanzaría en el RAIS, 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 una 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 AFP Porvenir SA., AFP Colfondos SA ni 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.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de las demandada AFP Porvenir SA y AFP Protección SA en cuanto a la no devolución de gastos de

administración, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debe resaltarse que lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social del demandante, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 de la constitución política, y no puede verse afectado por ningún motivo, y en ese sentido las AFP deberán realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos de administración que incluye los dineros destinados para la garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales conforme lo indicó el Juez de instancia, pues fue descontado del aporte efectuado por el afiliado, y en ese sentido no se puede ver afectado su derecho a la seguridad social, por el simple hecho de haberse trasladado al RAIS, pues se reitera que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de traslado es retornar las cosas como si no hubiese existido el traslado. Se confirma.

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 el (la) señor(a) **Jorge Humberto Sandoval Torres** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir SA el 31 de octubre de 1996

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante AFP Porvenir SA y AFP Protección 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 08 de abril de 2021 por el juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas (AFP Porvenir SA y AFP Protección 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.

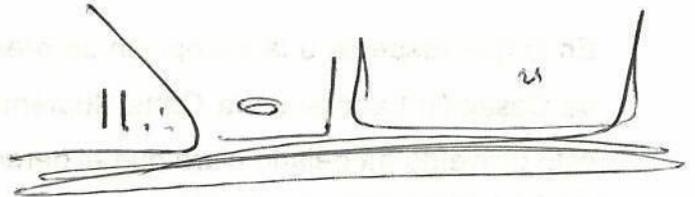
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501320180074101)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501320180074101)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501320180074101)