



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 22-2018-00124-01

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

DEMANDANTE: MARIA CARMIÑA ENCISO PINILLOS

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

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLFONDOS SA, PORVENIR SA Y COLPENSIONES) //
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 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería al abogado Francisco Jose Molano Achury con tarjeta profesional No. 313751 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de AFP Colfondos SA, para todos los efectos del poder allegado (f.238)

La parte demandante (fls 199-201) la parte demandada Colpensiones (fls) Porvenir S.A. (fls 203-207) y Colfondos S.A. (fls208-213) presentó alegaciones via correo electrónico, según lo ordenado en auto del 22 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) María Carmiña Enciso Pinillos instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Colfondos SA y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 24 a 37, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad de la vinculación de María Carmiña Enciso Pinillos al RAIS con Colfondos S.A
2. Se declare que Colfondos S.A. debe ordenar el traslado de María Carmiña Enciso Pinillos del RAIS al RPM.
3. Se declare que Colfondos S.A. debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la demandante.
4. Se declare que Colfondos S.A. debe reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales de la demandante.
5. Se declare que Colpensiones debe aceptar la vinculación de la demandante en el RPM, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
6. Declarar que Colpensiones como consecuencia de la nulidad debe aceptar a la demandante en el sistema de la prima media con prestación definida como si nunca hubiera existido unos traslados de régimen pensional.
7. Se declare que Colfondos S.A. debe reconocer y pagar la suma de cincuenta (50) salarios mínimos de que trata el artículo 13 literal b y 271 de la ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional de la demandante.
8. Se declare que Colfondos S.A. y Colpensiones debe reconocer las determinaciones asumidas por su despacho en su facultad ultra y extra petita
9. Declarar que Colfondos S.A. y Colpensiones deben ser condenadas en costas y agencias en derecho si se oponen a las pretensiones formuladas.
10. Se condene a Colfondos S.A. a aceptar la nulidad de la vinculación de María Carmiña Enciso Pinillos al RAIS

11. Se condene a Colfondos S.A. a ordenar el retorno de María Carriña Enciso Pinillos del RAIS al RPM
12. Se condene a Colfondos S.A. a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la demandante.
13. Se condene a Colfondos S.A. a reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales de la demandante.
14. Se condene a Colpensiones a aceptar el retorno de la demandante al RPM, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
15. Se condene a Colpensiones como consecuencia de la nulidad a aceptar a la demandante en el RPM como si nunca hubiere existido un traslado de régimen pensional.
16. Se condene a Colfondos S.A. a reconocer y pagar la suma de cincuenta (50) salarios mínimos que trata el artículo 13 literal b y 271 de la ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional de la demandante.
17. Se condene a Colfondos S.A. y Colpensiones a reconocer las determinaciones asumidas por el despacho en su facultad ultra y extra petita
18. Se condene a Colfondos S.A. y Colpensiones en costas y agencias en derecho si se oponen a las pretensiones formuladas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: AFP Colfondos SA (fls 67 a 94) Colpensiones (fls. 109 a 134) de acuerdo al auto del 21 de marzo de 2018, y AFP Porvenir S.A. (fls. 163 a 183) de acuerdo al auto de 5 de agosto de 2019 que lo vincula como parte en el proceso. Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 laboral del circuito de Bogotá en sentencia del el día 18 de mayo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por María Carriña Enciso Pinillos cc 35.518.557, al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 22 de marzo de 1995, incluidos los traslados realizados dentro del mismo régimen, **ORDENÓ** a Colfondos SA fondo en el que se encuentra afiliada la señora María Carriña Enciso Pinillos , a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a

las cotizaciones, rendimientos financieros, y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. **ORDENÓ** a Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a remitir a Colpensiones los dineros que recaudo por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduro la aparente afiliación a ese fondo. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, **CONDENÓ** en costas a Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una. **SOLICITÓ** el grado jurisdiccional de consulta en caso de no ser apelada la decisión.

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

Manifiesta que para declarar la ineficacia del traslado por parte del fallo de primera instancia respecto al deber de información como una obligación de ser probada por parte de Porvenir de suministrar una información clara, por el cambio de régimen, no se valoró el consentimiento informado para su libre escogencia que se materializo con la suscripción de la solicitud de afiliación o formulario de afiliación documento público expresado que hace constar y expresa de forma libre o espontánea y sin presión habiendo sido asesorada sobre los aspectos particulares del tal forma como lo exigía el artículo 114 de la ley 100 del 93, es decir no se trata de una simple declaración vacía e incluida en un formato de afiliación si no un requerimiento legal expresado señalado sobre la firma de la parte demandante quien se presume como una persona capaz para obligarse. No es posible aceptar que la voluntad del afiliado estuvo viciado por ausencia total de la información o que esta fue insuficiente al realizar el traslado. Manifiesta que es incuestionable e inocultable que siempre se le garantizo el derecho al retracto pues así lo dispuso inicialmente el artículo 3 del decreto 1161 del año 94 también el literal e del artículo 13 original de la ley 100 y las modificaciones incluidas en el artículo 2 de la ley 797 del año 2013.

Además señala que con la declaratoria de nulidad o de ineficacia del traslado ante el régimen se desconoce el principio de la autonomía de voluntad privada con que contaba la demandante definida la jurisprudencia constitucional sentencia c341 del 2006 reconocido por el ordenamiento positivo para disponer por efecto vinculante

de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones siempre que respete el orden público y las buenas costumbres de tal forma que declarar esta ineficacia aparente se presta para interpretaciones diferentes lo que indica una alarma pues no solo constituye un real distanciamiento del sistema pensional subsidiado por el estado si no que además hacerlo de forma masiva estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico tanto que el legislador garantizara la libertad de elección de régimen pensional en cabeza del afiliado del traslado en consecuencias jurídicas que esto conlleva sin perjuicio de lo anterior

Gastos de administración

Expresa que tampoco procede la condenada a la devolución de los gastos de administración de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 del 93 también en el RPM se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia. Dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno prescripción de igual manera merece atención que ordenar estos traslados de estos gastos de administración a Colpensiones configura enriquecimiento ilícito a favor de la demanda. Manifiesta que no existe norma que disponga tal devolución de forma clara. El artículo 113 literal b de la ley 100 del 93 menciona cuales son los lineados que deben ser trasladados cuando existe un cambio de régimen esto es del saldo individual incluido sus rendimientos lo que se evidencia que no está destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende pues no pertenecen a él si no al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelanto para incrementar la fuente individual distinta del afiliado. Dice que condenar a la devolución de esas sumas es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro amparado para reintegrar el valor de la póliza en consecuencia no procede esta pretensión ya que ordenar la débil condena de la parte demandada a restituir los frutos financieros consignados en su cuenta de ahorro individual ya que si lo tiene la sala civil de la corte de justicia tratándose de la restituciones mutuas uno de los efectos jurídicos previstos en el artículo 17 del código civil con respecto a la nulidad de un acto jurídico en cuanto que la parte que recibió frutos de la relación contractual declarada nula está en la obligación de restituir de lo contrario estaría generando enriquecimiento sin causa.

En esos términos solicita a los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá revocar en su integridad la decisión emitida por el despacho.

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

Nulidad y/o ineficacia

Interpone el recurso de apelación con el fin de que el Tribunal Superior de Bogotá se pronuncie sobre el alcance de la sentencia emitida atendiendo a que la demandante a lo largo del proceso no logro probar ningún vicio de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad siendo aplicable las normas y las leyes que para la época del traslado regulaban el deber de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones.

Así mismo pone de presente que Colfondos actuó como un tercero de buena fe siendo evidente que respeto el derecho fundamental de la demandante de afiliarse al fondo de preferencia derecho que se encuentra consagrado en la ley 100 y demás normas reglamentarias en donde ella tenía su derecho fundamental a escoger libremente su administradora de su fuente de ahorro individual. Así mismo recalca que la demandante actuó en virtud de su autonomía de la voluntad entendida esta como una facultad que otorga el ordenamiento jurídico a los administrados de regular sus propios intereses siendo así que ella al celebrar su contrato de afiliación y de traslado, asumió las cargas que todo acto jurídico trae consigo así mismo es evidente que la demandante al trasladarse de régimen actuó con plena capacidad y consentimiento a través y con el fin de adquirir una serie de derechos y obligaciones con un acto jurídico y un contrato de afiliación cuyo objeto era listo y también tenía una causa lícita en ese orden es evidente que el acto jurídico es totalmente legal y declara su ineficacia excede también la materialidad de su fin el cual es poder financiar junto con el RPM las pensiones de los colombianos.

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

Solicita revocar la decisión por las siguientes razones. en primera medida solicita se analice cual es el papel de Colpensiones en este tipo de procesos porque el a quo señala que el termino referenciado en el artículo 13 de la ley 100 de 93 es un término prescriptivo lo cual de ninguna forma fue así señalado por el legislador este término no se creó para extinguir o coactar derechos pensionales sino todo lo contrario para salvaguardar toda la sostenibilidad financiera el sistema general de pensiones y así mismo proteger los derechos de todos los afiliados al sistema.

Manifiesta que la demandante lleva más de 20 años sin cotizar al RPM es decir perdió toda fidelidad al régimen y en ese sentido sus aportes no llevan a financiar ningún tipo de pensión y ningún tipo de prestación de los afiliados al régimen público de pensiones de tal forma que se está desconociendo esa facultad que tiene Colpensiones para protegerse a sí mismo respecto a la sostenibilidad financiera del régimen mismo.

Aduce que se está dando una interpretación de prescripción a esta previsión legal que está expresamente señalada en la norma por esta razón solicita a los magistrados que se analice cuál es ese papel de Colpensiones en este tipo de creación normativa si de alguna u otra forma se salta por medios jurisprudenciales que son decantados y casi que genéricos y en ese sentido se está violentando el principio de las fuentes generales del derecho en el cual la ley es en supremacía la fuente principal y la jurisprudencia no es más que un criterio auxiliar.

Solicita a los honorables magistrados se desestime el criterio jurisprudencia que tomo el despacho exigiendo el derrotero lo peticionado por la parte demandante en el sentido que se tuvo en cuenta el criterio jurisprudencial ya decantado por la corte suprema de justicia decretando la ineficacia como sustento a la falta de información en este caso brilla por su ausencia ya que la verdadera razón para la demandante es modificar el valor de su mesada pensional lo cual no se puede reputar como falta de información porque en la época del traslado era imposible saber cuál iba a ser el valor de la mesada pensional de la demandante 20 años después ya que esto se modifica por diferentes variables como ingreso base cotización, edad del afiliado, semanas cotizadas etc.

Menciona en este tiempo Colpensiones está siendo totalmente desprotegidos en esta clase de plazos que carece de todo tipo de defensas por diferentes razones primero está imposibilitado a probar el deber de información, segundo no tuvo nada que ver con el acto jurídico celebrado por los terceros llámese AFPs o demandantes y tercero los criterios normativos por los cuales podría ejercer su defensa están siendo totalmente desconocidos por la jurisprudencia. Dice que estas razones no han sido analizadas ni por los tribunales ni por los juzgados ni las salas de conocimiento de la corte suprema de justicia y por tal razón ya viene siendo tiempo de analizar el papel de Colpensiones invitado a este tipo de proceso como un tercero de buena fe, nada tuvo que ver con la afiliación de la demandante.

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 **Maria Carmiña Enciso Pinillos** el día 30 de enero de 1996; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Colfondos S.A. 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 Colfondos el 30 de enero de 1996 con efectividad a partir del 1° de febrero de 1996 (fl.104), solicitó trasladarse a AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. el día 30 de marzo de 2000 (fl.104) y finalmente solicito trasladarse nuevamente a AFP Colfondos S.A el 3 de octubre de 2000 (fl.104). Es de aclararse que si bien el A Quo valoro el formulario de afiliación del día 22 de marzo de 1995 aportado por AFP Porvenir S.A. (fl.184) el mismo no se encuentra registrado en el sistema de información de los afiliados a los fondos de pensión SIAPF, motivo por el cual se tomara como afiliación primigenia la reportada por AFP Colfondos S.A. como traslado de régimen en el SIAPF

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 adocinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación la 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 Colfondos SA aportó: formulario de vinculación de 30 de enero de 1996, formulario de afiliación a Colfondos de año 2000, copia circular de la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, aviso publicado en periódico de amplia circulación, copia historial de vinculaciones SIAFP, copia historia laboral para bono pensional AFP Porvenir S.A. aportó: formulario afiliación, constancia publicación diario El Tiempo, concepto Superfinanciera del 17 enero de 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el 30 de enero 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 30 de enero de 1996, la demandante tenía 320 semanas (fl140 expediente administrativo digitalizado) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 14 de enero de 1964 – fl 20) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el 2021 en el régimen de prima media (actualmente ha cotizado más de 1341,43 semanas – fl 16), 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 al 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 S.A. ni AFP Porvenir S.A.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir SA en cuanto a la no devolución de 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 adocrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adocrinado 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.

De igual manera, conforme el punto de apelación de Colpensiones, esta no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas,

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia el 18 de mayo de 2021, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** aclarando que la afiliación primigenia es la que se encuentra registrada en el SIAPF, que realizó el señora **María Carmiña Enciso Pinillos** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos SA el 30 de enero de 1996 y en consecuencia los subsiguientes traslados.

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 S.A., AFP Colfondos SA y Colpensiones, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte 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 por el juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, pero conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, bajo el entendido que la afiliación primigenia es el

traslado de régimen registrado en el SIAPF del día 30 de enero de 1996 realizada por la AFP Colfondos S.A.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A, AFP Colfondos S.A. y Colpensiones, a favor de la parte actora. Fijense 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.

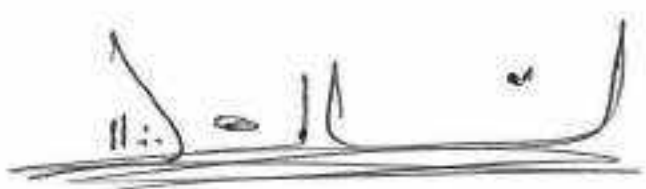
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502220180012401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502220180012401)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502220180012401)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 18-2019-00097-01

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

DEMANDANTE: CLAUDIA LUCIA CASILIMAS QUINTERO

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
AFP PROTECCION S.A.**

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Protección y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de marzo 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 Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz con tarjeta profesional No. 303924 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.417)

La parte demandante (fl.421), la parte demandada Colpensiones (fls.414-417) y presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 03 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Claudia Lucia Casilimas Quintero instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, AFP Protección S.A. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 5, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare que la demandante se afilío al régimen de pensiones administrado por el hoy extinto ISS a partir del 02 de diciembre de 1987, entidad a la cual realizo cotizaciones destinadas a cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte. Hasta el mes de julio de 1995.
2. Se declare que la demandante se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A., a partir del mes de agosto de 1995, mediante la suscripción de formulario de afiliación a esa entidad privada, bajo engaño, al ser inducida a error por parte del asesor de ese fondo privado.
3. Se declare que la demandante se trasladó de fondo mediante afiliación a través de AFP Horizonte S.A hoy Porvenir S.A., a partir del mes de junio de 2002, mediante la suscripción de formulario de afiliación a esa entidad privada, bajo engaño, al ser inducida a error por parte del asesor de ese fondo privado.
4. Se declare que la demandante decidió retornar a la AFP Protección S.A., a partir del mes de agosto de 2005, mediante la suscripción de formulario de afiliación a esa entidad privada, bajo engaño, al ser inducida a error por parte del asesor de ese fondo privado.
5. Se declare que al momento de verificar su traslado de régimen de pensiones en el mes de agosto de 1995, la demandante contaba con un aproximado de 175,71 semanas cotizadas al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones.
6. Se declare que al momento de verificar su traslado de régimen de pensiones en el mes de agosto de 1995, la demandante contaba con una expectativa legítima de causar su derecho pensional en el RPM acorde con los condicionamientos contenidos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, norma más beneficiosa para la causación de su derecho pensional.
7. Se declare que Protección S.A y Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., omitieron su obligación de informar y asesorar con claridad, veracidad, y suficiencia a la demandante, acerca de las ventajas y desventajas del traslado de régimen

pensional, así como respecto de las condiciones de causación, exigibilidad y monto de su derecho pensional, en el RAIS.

8. Se declare que con ocasión del traslado de régimen de pensión en el mes de agosto de 1995, y debido a la falta de información clara y completa sobre los efectos de dicho traslado, la demandante perdió la posibilidad de pensionarse en condiciones más favorables contenidas en el actual sistema de seguridad social en pensiones administrado por Colpensiones.
9. Se declare que la demandante fue inducida a error por parte de Protección S.A. y Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., quienes no cumplieron su obligación de entregar información clara, veraz y suficiente sobre los efectos del traslado a la demandante, con lo cual le causaron grave perjuicio frente a las condiciones de causación, exigibilidad y monto de su derecho pensional.
10. Se declare la nulidad del traslado de régimen de pensiones que la demandante hizo del hoy extinto ISS administradora del RPM a AFP Protección S.A., administradora del RAIS en el mes de agosto de 1995.
11. Se declare la nulidad del traslado de fondo que la demandante hizo del fondo Protección S.A., administradora del RAIS, al fondo Horizonte hoy AFP Porvenir S.A. administradora del RAIS, en el mes de junio de 2002.
12. Se declare la nulidad del traslado de fondo que la demandante hizo del fondo Horizonte hoy Porvenir S.A., administradora del RAIS, al fondo de pensiones AFP Protección, en el mes de agosto de 2005.
13. Se disponga que por efecto de la nulidad decretada, las cosas deben volver a su estado anterior y, en tal sentido, se ordene el retorno automático de la demandante al RPM administrado por Colpensiones.
14. Se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación de la demandante, atendiendo la nulidad de la afiliación al RAIS administrado por AFP Protección S.A.
15. Se ordene a la AFP Protección S.A. que por virtud del regreso automático de la demandante al RPM administrado por Colpensiones, se devuelva a esta última todos los valores que hubiere recibido en condición de administradora del RAIS, como cotizaciones, bono pensionales, sumas adicionales de la aseguradora; con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es con los rendimientos que se hubieren causado.
16. Se condene a las demandantes a todo lo que pueda resultar acreditado ultra y extra petita de los hechos discutidos y probados.
17. Se condene a las demandantes al pago de costas del proceso y agencias en derecho en caso de oposición.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: AFP Protección S.A. (fls.84-110), AFP Porvenir SA (fls.179-186) y Colpensiones (fls.194-202), de acuerdo al auto del 23 de abril de 2019, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 41 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 26 de marzo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por Claudia Patricia Casilimas Quintero del RPM al RAIS. **ORDENÓ** a AFP Protección S.A a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de la AFP Protección S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia. **CONDENÓ** en costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandada AFP Protección S.A. y a favor de la demandante, en la suma de \$1.000.000. **REMITIÓ** copia de la providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021. **SOLICITÓ** la consulta de la sentencia en caso de no ser apelada ante el superior inmediato.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Solicita a los honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su especialidad laboral, se permita revocar de manera parcial las consideraciones del juzgador de primera instancia en lo que respecta a la condena a Protección de efectuar la devolución o el reconocimiento a favor de la demandante con destino a Colpensiones de los dineros deducidos o cobrados por concepto de gastos de administración y sumas adicionales, al igual que la indexación de los mismos.

Dice que la comisión de administración y las primas adicionales o los valores adicionales, han sido descuentos autorizados por el legislador como parte inherente o esencial del sistema general de pensiones y en el caso concreto del Régimen de

Ahorro Individual con Solidaridad, esto, atendiendo a que de esta manera ha concedido el legislador la compensación por parte del afiliado hacia su administradora por las actividades no solamente previsionales sino financieras desplegadas a lo largo de estos años, en ese entendido y previendo que ha sido una disposición legal, la cual Protección tiene que acatar bajo ese principio de legalidad en la actividad que esta administradora funge en la prestación del servicio público de la seguridad social, pues Protección bajo ninguna circunstancia, ni en el caso de la accionante, ni en ningún otro caso, desde su concepción con el surgimiento de la *ley 100 de 1993* puede obviar o puede omitir el cobro o la deducción de estos conceptos.

Aduce que Protección en el cobro de estos dineros, en ninguna circunstancia constituye un actuar indebido por parte de esta administradora. Expresa que tanto así que aun cuando la accionante ha presentado el litigio en contra de la administradora, de las documentales aportadas con el escrito de la contestación de la demanda, se desprende que la accionante en su cuenta de ahorro individual no solamente tiene debidamente acreditados los dineros que la misma aportó mes a mes por concepto de aportes a pensión obligatoria, sino que también, la misma tiene unos dineros que, inclusive, pueden llegar a superar en porcentaje los mismos o los propios pagados por concepto de aportes denominados rendimientos financieros, o los rendimientos financieros que finalmente se causaron sobre esos aportes obligatorios.

Dice que es allí, donde hay que tener especial consideración en cuanto a que, estos rendimientos financieros no tienen ningún justificante ni ninguna naturaleza diferente que a la gestión desplegada por Protección y por Porvenir en su momento hasta la fecha, de las diferentes inversiones y la administración de los recursos que la accionante tenía en su haber, no existe ningún justificante diferente.

Plantea que condenar u obligar en este caso a Protección a efectuar la devolución de estos dineros cobrados por gastos de administración, estarían generando una situación desfavorable, desbalanceada, respecto a la relación contractual que se tiene entre la accionante y esta administradora y en ese mismo sentido, dice, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de la actora, porque insiste, la demandante no desplegó ninguna actividad a lo largo de estos años que justifiquen o fundamenten en este caso, la generación de estos rendimientos financieros, sino que estos han sido por cuenta y obra de esta administradora.

Expresa que en ese sentido, el artículo 1746 del código civil, enmarca el caso en el escenario de los efectos jurídicos de estas declaratorias de nulidades

taxativamente, entendiendo que frente a la decisión del juzgador de primera instancia, efectivamente del contrato se desprende que todo vuelve a su estado original o inicial y manifiesta que en ese sentido, el contrato de afiliación nunca debió haber existido, Protección no debió haber administrado estos recursos, nunca se debieron haber generado rendimientos por cuenta de esta administración y por ende, no debió haber existido un cobro por concepto de gastos de administración.

Dice que se debe tener en cuenta que todo esto sí sucedió, pero ha sido el juzgador de primera instancia el que ha dispuesto que se retrotraigan los efectos jurídicos del acto celebrado entre la demandante y Protección. Ese mismo *artículo 1746* habla sobre las restituciones mutuas o el reconocimiento de intereses, frutos y el abono de mejoras y es allí donde no se puede desconocer, sea cual sea los efectos jurídicos o los que haya establecido el juzgador de primera instancia en su haber y en su conocimiento, no se pueden desconocer las actividades desplegadas por Protección desde el año 1995 hasta la fecha. Insiste que le están efectuando o se le está representando directamente a un beneficio directo a la accionante, atendiendo a que, en definitiva, el capital que la misma hoy tiene acreditado en su cuenta de ahorro individual es notoriamente superior a lo que la misma tendría de solamente tener los aportes a pensión obligatoria generados por ella.

Solicita respetuosamente a los honorables Magistrados del Tribunal Superior, se permitan revocar esta condena a Protección, o en su defecto, de persistir dicha imposición, se absuelva a Protección de generar la devolución o el reconocimiento de los rendimientos financieros causados a favor de la accionante por estos aportes obligatorios; o en su defecto, que se permita entonces a Protección, deducir de estos rendimientos financieros, esos gastos de administración para que de esta manera, esto no se constituya en un perjuicio a cargo del patrimonio de la administradora, que como adujo en el desarrollo total de la diligencia, pues muy por el contrario a las consideraciones del juzgado de primera instancia, si demostró ese deber de información, de acompañamiento, de profesionalismo y de integralidad en las actividades desplegadas de cara hacia la demandante.

Por último, hace alusión a la imposición del juzgador de primera instancia en cuanto a que, estos dineros deben indexarse. Dice que como se manifestó también en el escrito de la demanda, se oponen y solicitan a los honorables magistrados que se revoque esta consideración, dado que los dineros que se encuentran hoy debidamente acreditados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, ya han generado, como se ha indicado, unos rendimientos a lo largo de toda la afiliación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Protección y por ende, se encuentran actualizados y capitalizados a la fecha, por lo que ordenar una

indexación sobre los mismos, en igual sentido, constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la actora y una condena en perjuicios en contra de mi Protección.

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

Dice el apoderado que la Administradora Colombiana Colpensiones, se encuentra en desacuerdo por las siguientes razones:

Manifiesta que la demandante se encuentra bajo una prohibición legal, que está denominada en la ley 797 de 2003, y que aunado a ello, la demandante indica que su traslado no pudo corroborarse, que su traslado fue de manera voluntaria, realizando traslados horizontales, hecho que se constata con cada una de las cotizaciones realizadas a las arcas del Régimen de Ahorro Individual y que, recibió de parte de los fondos privados la debida asesoría y re asesoría pertinente.

Frente a la prohibición legal anteriormente mencionada, dice que la Corte Constitucional en innumerables pronunciamientos ha dictado:

"El impedir el traslado de régimen, cuando el afiliado 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."

Reitera lo manifestado por el magistrado Rigoberto Echeverri Bueno en su aclaración de voto, mediante sentencia SL1452 del 2019 de la Corte Suprema de Justicia, el mismo indicó que la ineficacia de 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 dice, no se evidencia en el presente caso, debido a que con el acervo probatorio se comprobo que la demandante recibió en cada una de sus afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual, una respectiva asesoría, una re asesoría posteriormente para el año 2010, a su vez, que tiene actos de relacionamiento con el Régimen de Ahorro Individual porque realizó traslados horizontales, realizó a su vez aportes voluntarios en las cuentas o en las arcas del Régimen de Ahorro Individual y que, así mismo, la misma decidió permanecer en el Régimen de Ahorro Individual por más de 15 años, puesto que no solicitó un retorno a Colpensiones, esto es, cuando conoció su mesada pensional o su proyección

pensional que le fue entregada para el año 2010, sino que la misma decide permanecer en Protección.

Manifiesta también que el fallo del A quo, afecta el principio de sostenibilidad financiera que se basa en los principios de igualdad y equidad, de quienes realmente efectúan cotizaciones en favor, o en las arcas del Régimen de Prima Media y se está otorgando una ineficacia de traslado, a pesar de estar inmersa la actora bajo una prohibición legal y que no fue tomada en cuenta antes de estar inmersa, puesto que tuvo la posibilidad, esto es para el año 2010, de retornar al Régimen de Prima Media, en el momento procesal cuando le fueron avizadas u observadas las circunstancias sobre las mesadas, la proyección pensional a la que tendría lugar en el Régimen de Ahorro Individual.

Finalmente solicita respetuosamente sea estudiado el fallo emitido por el A quo, debido a que cada situación debe ser verificada, analizada, frente a las condiciones y presupuestos conforme lo corroboren las pruebas y la documental aportada por las partes. Expresa nuevamente que es evidente que hay una existencia de una prohibición legal, y que a su vez también obra documental donde soporta que fue debidamente asesorada la demandante en este estado. Solicita a los señores Magistrados en aras de que se estudie, se verifique y no se mine la estabilidad del Sistema Pensional, no se genere un desconocimiento de los principios de autonomía de la voluntad del afiliado y la libre escogencia del Régimen pensional.

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 **Claudia Lucia Casilimas Quintero** el día 15 de agosto de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección S.A. 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 S.A. el 15 de agosto de 1995 con efectividad a partir del 1° de septiembre de 1995 (fls 126),

posteriormente solicito trasladarse a la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir S.A el día 18 de abril de 2002 con efectividad a partir del 1º de junio de 2002 (fl.126)

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 adocinado, 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 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: formulario afiliación a Horizonte, certificado de egresado expedido por Porvenir, certificado ASOFONDOS SIAFP, relación de aportes, y edicto emplazatorio diario El Tiempo. AFP Protección aportó: copia formulario de afiliación año 1995, pantallazo AS400, certificado asofondos SIAFP historia laboral consolidada, copia movimientos de cuenta, historia laboral para bono pensional, concepto de la Superfinanciera No 2015123910-002, comunicado prensa año de gracia, políticas para asesorar personas naturales.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 15 de agosto de 1995, fecha del

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

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

Claramente para el momento del traslado 23 de octubre de 1998, la demandante tenía 171,86 semanas (fl.39) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 26 de enero de 1964 – fl 37) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, para el año 2021 podría haberse pensionado en el en el RPM (actualmente ha cotizado más de 1357,72 semanas fl.39), 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 S.A. ni AFP Porvenir S.A.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Protección SA en cuanto a la no devolución de 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 presentada por la AFP Protección S.A.

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente

sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Claudia Lucía Casilimas Quintero** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Protección S.A. el 15 de agosto de 1995.

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 las apelante AFP Protección S.A., y Colpensiones, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte 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 marzo de 2021 por el juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de las partes demandadas 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. 11001310501820190009701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501820190009701)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501820190009701)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 23-2020-00092-01

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

DEMANDANTE: FANNY ROCIO MOLINA CUERVO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A.
AFP PROTECCION S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PORVENIR S.A., AFP PROTECCION S.A., Y
COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir, Protección y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 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 (fls.68-70), la parte demandada Colpensiones (fls.64-65) y AFP Porvenir SA (fls.58-62), AFP Protección S.A.(fls.73-76) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 24 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) Fanny Roció Molina Cuervo instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, AFP Protección S.A. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 3, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativos:

1. Se declare que Fanny Roció Molina Cuervo fue mal asesorada e informada por parte de AFP Porvenir S.A. en el año 1995 con la finalidad de lograr el traslado de régimen pensional.
2. Se declare que Fanny Roció Molina Cuervo fue mal asesorada por AFP Protección S.A. en el año 1999 y durante la permanencia en el régimen, con la finalidad de no trasladarse de régimen pensional.
3. Se declare que AFP Protección S.A. a través de información no veraz, llevo a la demandante a tomar la decisión de cambiarse entre administradoras del mismo régimen, prometiendo iguales beneficios económicos que los ofrecidos en el RPM.
4. Se declare que no hubo una real asesoría por parte de AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A., que incluyera una información veraz en cuanto a la manera , tiempo, monto de la mesada pensional que recibiría la señora Fanny Roció Molina Cuervo, al momento de estructurar el derecho a la pensión de vejez.
5. Se declare que AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. generaron una afectación pensional en los derechos pensionales de la señora Fanny Roció Molina Cuervo.
6. Se declare que la vulneración al derecho de información por parte de AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. que generara el consentimiento informado en el traslado de régimen pensional, derivo en la afectación a la vida digna de la señora Fanny Roció Molina Cuervo al momento de estructurar el derecho a obtener la pensión.
7. Se declare que AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. vulneraron los principios objetivos contenidos en la ley 100 de 1993, en razón a que están generando un detrimento patrimonial y por ende una vulneración a la vida digna de la señora Fanny Roció Molina Cuervo.

8. Se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la afiliación en pensiones de la señora Fanny Roció Molina Cuervo, con AFP Porvenir S.A., por cuanto la misma careció de información veraz en el cambio de régimen pensional, debido a la fraccionada e incompleta asesoría sobre los riesgos que debía asumir en el cambio de régimen pensional, al no haber sido clara, completa, comprensible la manera como estaba diseñado el RAIS, incumpliendo el deber del consentimiento informado y detallado en la asesoría de cambio de régimen y durante la permanencia en este.
9. Se declare consecuentemente, se ordene el traslado a Colpensiones de todos los aportes junto con sus rendimientos, frutos e intereses que actualmente tiene en AFP Protección S.A. con destino a Colpensiones quien fue la entidad que asumió las obligaciones del ISS, de acuerdo al decreto 2013 de 2012.

Condenatorios:

1. Se condene a AFP Porvenir S.A. y a AFP Protección S.A., como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación al RAIS, a trasladar todos los aportes efectuados por la señora Fanny Roció Molina Cuervo junto con todos sus rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros, y demás emolumentos con destino a Colpensiones.
2. Se condene a Colpensiones, como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación al RAIS con la AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. a activar la afiliación de la señora Fanny Roció Molina Cuervo, en el RPM.
3. Se condene a Colpensiones, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y de la afiliación al RAIS, a aceptar y recibir el traslado de los aportes de la señora Fanny Roció Molina Cuervo, en el RPM.
4. Se condene a Colpensiones como consecuencia de la nulidad del traslado y de la afiliación con la AFP Porvenir S.A. y la AFP Protección S.A., que la señora Fanny Roció Molina Cuervo, podrá solicitar ante Colpensiones, el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993, una vez acredite los requisitos contemplados en dichas disposiciones.
5. Se condene a AFP Porvenir S.A. y la AFP Protección S.A. a todo lo que resulte en favor de la demandante con motivo de las declaraciones extra y ultra petita que resulten probadas.

6. Se condene a AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A a pagar las costas del presente proceso y las agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: AFP Protección S.A. (expediente digital-contestacion Fanny rocio molina cuervo.pdf), AFP Porvenir SA (expediente digital-cont porvenir 2020-092 J23 fanny rocio molina _pdf) y Colpensiones (expediente digital-contestacion 2020-092.pdf), de acuerdo al auto del 16 de septiembre de 2020, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 laboral del circuito de Bogotá en sentencia del 26 de marzo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante Fanny Rocio Molina Cuervo al RAIS administrado por la demandada AFP Porvenir S.A. y por ende a la AFP Protección S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva, **CONDENÓ** a la demandada AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, entre el mes de mayo de 1995 y septiembre de 1999, con motivo de la afiliación de la demandante Fanny Rocio Molina Cuervo, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago. Autorizó efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Protección con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante el día 13 de agosto de 1999. **CONDENÓ** a AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante Fanny Rocio Molina Cuervo, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que

se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago. **DECLARÓ** que la demandante Fanny Rocío Molina Cuervo se encuentra afiliada al RPM administrado por Colpensiones. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **CONDENÓ** en costas a la demandada AFP Porvenir S.A. **REMITE** en grado jurisdiccional de consulta ante el superior.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Gastos de administración

Manifiesta el apoderado que no se comparte la decisión del despacho de condenar a Porvenir a trasladar los gastos de administración establecidos, teniendo en cuenta que la sentencia obedece al principio de sostenibilidad financiera, indica que esto no puede ser óbice para ir en contra del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta lo siguiente:

Dice que se asegura dentro del proceso y dentro de la sentencia que la afiliación nunca estuvo y entonces se habla de inexistencia, pero que al mismo tiempo se habla de retrotraer las cosas a su estado original, que es una nulidad y al mismo tiempo se habla de ineficacia en sentido estricto porque así lo dice la Corte Suprema de Justicia.

Expresa que es importante identificarlo, porque si bien, el efecto jurídico de estas tres figuras es la ineficacia en sentido amplio pues las consecuencias jurídicas de los mismos, no son las mismas, pues una cosa es la inexistencia, que las obligaciones no hayan nacido, otra cosa es la nulidad con los elementos de vicios en el consentimiento, las nulidades absolutas de retrotraer las cosas a su estado original y otra, es la ineficacia en sentido estricto, que en los términos de la Corte Constitucional, en la *sentencia C-035 del 2017* establece que se deben seguir los elementos de la norma y en ese sentido, dice que si se remite al artículo 271 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que el efecto jurídico o la consecuencia jurídica es dejar libre al afiliado para que haga su traslado y este traslado se hace en los términos del artículo 113.

Manifiesta que entonces, no hay ninguna legitimación para que se obligue a Porvenir a trasladar los gastos de administración, máxime cuando estos gastos de administración son autorizados por la ley y no son dineros que se van a utilizar en el Régimen De Prima Media para destinarlos al pago de pensiones de la hoy demandante.

Resalta que las obligaciones de tracto sucesivo son obligaciones que no son susceptibles de restituciones y dice que las obligaciones de los gastos de administración son precisamente esto, obligaciones de tracto sucesivo, no son susceptibles de restituciones y podrían afectar a terceros. Pide tomar en cuenta la *sentencia 713 del 2021* en donde se

dice que, un pensionado no se puede trasladar porque no se podría declarar la ineficacia porque estas restituciones afectarían derechos de terceros, situación que aquí también se afecta con el seguro previsional, pues dice que se está propendiendo a que estas aseguradoras tengan un enriquecimiento sin causa por los dineros pagados y aportados por ese seguro previsional, pues no tiene ninguna causación con la declaración de ineficacia de este acto jurídico.

Resalta que resulta paradójico, que se asegure que nunca estuvo afiliado en el régimen de ahorro individual y por ese motivo haya que trasladar los gastos de administración pero también se obligue a Protección a trasladar los ejercicios financieros, a pesar de que se asegure que nunca estuvo en el Régimen de Ahorro Individual. Manifiesta que es contradictorio, pues una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y en estos procesos, dice, al parecer estuvo afiliado y no estuvo afiliado, todo al mismo tiempo.

Referencia el 1746 que dice que es absolutamente claro con las restituciones mutuas, tendría que obligarse a la hoy demandante a restituir los ejercicios financieros, pues de lo contrario se está propendiendo por un enriquecimiento sin causa, ya que estos dineros que se trasladan a Colpensiones, generados en el Régimen de Ahorro Individual por las actividades de las AFP's, ya no tiene ninguna causación, pues dice que se supone que nunca estuvo en el Régimen de Ahorro Individual.

Se pregunta el apoderado, si no estuvo en el Régimen de Ahorro Individual y se le obliga a Porvenir a trasladar los gastos de administración fundamentado en esta no existencia del contrato, entonces ¿Cuál es la legitimación para Protección, por ejemplo, para trasladar los rendimientos financieros, si nunca estuvo en el Régimen de Ahorro Individual y el Régimen de Prima Media no genera rendimientos financieros? Dice que esa situación utiliza la jurisprudencia para acomodar su teoría propiamente.

Finalmente solicita que se revoque la sentencia en lo desfavorable a Porvenir, lo relacionado a los gastos de administración, además, aduciendo que esos dineros se encuentran prescritos, porque son emolumentos netamente económicos que no hacen parte de los derechos destinados a la pensión de la demandante y por tanto, no obedecen a la imprescriptibilidad que le da el artículo 48 de la Constitución Política Colombiana.

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

Gastos de administración.

Interpone recurso parcialmente, respecto a la orden de trasladar hacia Colpensiones lo correspondiente a los gastos de administración y al seguro previsional durante el tiempo que la parte demandante ha estado afiliada a Protección.

Dice que no es procedente que se ordene esa devolución por esos conceptos, toda vez que, se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorros individual de la demandante, y que son descuentos realizados conforme

a la ley como contraprestación a una buena gestión de administración, como lo es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

Manifiesta que con la condena de primera instancia, que se ordena a Protección a devolver los dineros de la cuenta de ahorros individual de la demandante, más los rendimientos financieros generados y adicionalmente, lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, y en segundo lugar, porque argumenta son deducciones que de haber estado la demandante afiliada en el Régimen de Prima Media, también se hubiesen hecho.

Adicionalmente expresa que, ya se están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión y administración realizada por Protección, por lo que Protección tiene todo el derecho a conservar esta comisión, como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a Colpensiones.

Expone que si la consecuencia de la declaración de la ineficacia de la afiliación de la demandante es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido, se producirían unas consecuencias, entonces el contrato de afiliación nunca existió, Protección nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante y por lo tanto, estos rendimientos que hoy se ven reflejados en el certificado de los aportes tampoco se causaron.

Refiere el artículo 1746 del código civil, que habla de la restituciones mutuas, intereses, frutos y mejoras, y con base en esto, indica que se debe entender que aunque se declare una ineficacia y se haga la ficción de que nunca existió el contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras y así las cosas, producto de la buena gestión de la AFP, de la cuenta de ahorro individual, esta obtuvo unos rendimientos y por eso tiene derecho Protección a conservar dicha comisión.

Resalta que en el cobro del 3% destinado para comisión de administración y para financiar las primas de seguro previsional, opera la prescripción, tal como lo indicó el apoderado de la AFP Porvenir, son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y no financian directamente la prestación económica por vejez, por lo que entiende que son conceptos que sí prescriben.

Por último, dice frente a la orden de trasladar el seguro previsional, que debe tenerse en cuenta que la finalidad del mismo, es cubrir unas contingencias de invalidez y muerte, las cuales estuvieron debidamente cubiertas y esta es la razón por la cual se hizo dicha deducción y en segundo lugar, dice que en el proceso no se llamó a la aseguradora, pues se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de esta, pues Protección en estos momentos se encuentra imposibilitada para recobrar ese dinero y devolvérselo a Colpensiones, además, porque la administradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el acto suscrito entre la parte demandante y Protección.

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

Ineficacia y/o nulidad

En primera medida pide a los Honorables Magistrados, se tenga en cuenta que en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, toda vez que la demandante no contaba con una expectativa legítima a la hora de trasladarse, como quiera que, no contaba con 750 semanas pues había cotizado un total de 364 semanas con el ISS y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez, esto, teniendo en cuenta la sentencia C-789 del 2002, en cuanto a la llamada expectativa legítima.

Resalta que ya se encuentra inmersa en la prohibición señalada en la ley 797 del 2003 y no es beneficiaria del Régimen de Transición por semanas, por lo tanto, no le son aplicables las sentencias SU de la Corte Constitucional.

Pide se tenga en cuenta que en el presente caso no se logra probar una información equivocada o falaz por parte de los fondos, máxime si se tiene en cuenta que, para el año del traslado de la demandante, esto es en el año 1995, los fondos solo tenían la obligación de brindar la información sobre las condiciones a la hora del traslado.

Manifiesta que se puede evidenciar del interrogatorio de parte, que la demandante se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en este momento en el RAIS, por lo tanto, dice que es importante traer a colación la sentencia con radicado 20160087 del 17 de enero del 2017 del Tribunal Superior de Pereira, la cual indica que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir pueda resultar superior al que ha de recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando se realizó el traslado, se haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte del fondo.

Dice que no hay lugar a la ineficacia solicitada, y que lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que ella misma decide continuar cotizando al RAIS por más de 20 años de manera libre y voluntaria.

Por lo anterior solicita se revoque la sentencia y no se decrete la ineficacia solicitada por la parte actora.

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 **Fanny Rocio Molina Cuervo** el día 1 de abril 1995; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que

AFP Porvenir y AFP Protección S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente 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 Porvenir S.A. el 1 de abril de 1995 con efectividad a partir del 1° de mayo de 1995, posteriormente solicito trasladarse a la AFP Colmena hoy AFP Protección S.A el día 13 de agosto de 1999 con efectividad a partir del 1° de octubre de 1999 (fl.40 expediente digital-contestacion Fanny rocio molina cuervo.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 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: certificado de egresado expedido por Porvenir, copia formularios de

afiliación año 1994 y 1996, certificado ASOFONDOS SIAFP, relación histórica de movimientos y de aportes, edicto emplazatorio diario El Tiempo y concepto de la Superfinanciera 20191522169-003-000 del 17 enero de 2020 AFP Protección aporte: copia formulario de afiliación, certificado asofondos SIAFP, movimientos cuenta de ahorro individual, historia laboral consolidada, copia movimientos de cuenta, historia laboral para bono pensional, concepto de la Superfinanciera No 2015123910-002, comunicado prensa año de gracia, políticas para asesorar personas naturales.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 de abril de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 1 de abril de 1995, la demandante tenía 364 semanas (fl.28) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 17 de agosto de 1963 – fl 24) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, eventualmente para el año 2020 podría haberse pensionado en el en el RPM (actualmente ha cotizado más de 1595.43 semanas fl.28), 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 manera tal que, para

obtener una mesada pensional 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 S.A. ni AFP Porvenir S.A.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Protección SA y AFP Porvenir S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración ni seguros previsionales, 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 adocrinó: *"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 presentada por la AFP Protección S.A y AFP Porvenir S.A.

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **Fanny Roció Molina Cuervo** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A. el 1 de abril de 1995.

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 las apelantes AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A., y Colpensiones, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2)

SMLMV y a favor de la parte 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 marzo de 2021 por el juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A., AFP Protección SA, y Colpensiones y a favor de la parte actora. Fijense 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. 11001310502320200009201)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502320200009201)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502320200009201)

1875

1876

1877

1878

1879

1880

1881

1882

1883

1884

1885

1886

1887

1888

1889



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 16-2019-00184-01

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

DEMANDANTE: MYRIAM LUCIA BEJARANO AMAYA

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN SA**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PROTECCIÓN 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 41 Laboral del Circuito de Bogotá el día 07 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandante (fls. 271) presentó 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) Myriam Lucia Bejarano Amaya instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Protección SA y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece

a folios 55, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad del traslado efectuado por la señora Myriam Lucia Bejarano Amaya, del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), desde el 5 de abril de 1994, fecha que registra en el formulario de afiliación, y fecha de efectividad para el mes de mayo del mismo año, ante la AFP Colmena SA, por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole a error y viciando su consentimiento, para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora.
2. Que como consecuencia de la anterior declaratoria se ordene a la AFP Colmena S.A. hoy AFP Protección S.A. retornar a la señora Myriam Lucia Bejarano Amaya, junto con todos los valores que hubiera recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado al RPM administrado por Colpensiones.
3. Que se ordene a Colpensiones, a recibir en el RPM a la señora Myriam Lucia Bejarano Amaya, y mantenerla como afiliada desde el día 15 de febrero de 1985 sin solución de continuidad.
4. Se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.
5. Lo que ultra y extrapetita el señor juez considere.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.94) y AFP Protección SA (fls.105) de acuerdo al auto del 15 de julio de 2019. Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 41 laboral del circuito de Bogotá en sentencia del 7 de mayo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por la señora Myriam Lucia Bejarano Amaya, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, **ORDENÓ** a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al

momento de realizarse la transferencia. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de AFP Protección S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. **DECLARÓ** no probada las excepciones propuestas. **CONDENÓ** en costas, incluidas las agencias en derecho, a AFP Protección S.A. y a favor de la demandante, en la suma de \$1.000.000. **REMITIÓ** copia de la providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y **SOLICITÓ** en caso de no ser apelada la sentencia, remitir para que se surta el grado jurisdiccional de consulta con el superior en favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

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

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Solicita se revoque la sentencia proferida solo en lo relativo a condenar a Protección a trasladar a Colpensiones lo descontado por comisión de administración y valores de seguros por el tiempo que la demandante ha estado afiliada a Protección, lo anterior teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Primero manifiesta que la Comisión de administración, es un descuento autorizado legalmente que faculta a los fondos privados para realizar una deducción de porcentaje sobre el valor de los aportes realizados al Sistema General de Pensiones, dicho descuento se usa para cubrir esos gastos de administración y opera en ambos regímenes, tanto en el Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, como en el Régimen de Prima Media y que obra como prueba en el expediente, el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorros individual de la parte demandante donde se demuestra que los aportes que esta realizó al Sistema General de Pensiones fueron administrados por Colmena en su momento, hoy por Protección y que generaron unos rendimientos, que al final demuestran que estuvieron debidamente administrados por mi representada, cumpliendo esta la obligación que adquirió con la demandante desde el año 1994, cuando suscribió su formulario de vinculación.

Manifiesta que no se evidencia para el año de 1994 que la demandante tuviese alguna incapacidad jurídica para suscribir contratos o actos, respecto a su historia laboral o sistema general de pensiones, por lo cual se adquirió una obligación que Protección desde la fecha ha cumplido a cabalidad y que se demuestra a través de

los rendimientos y de la cobertura que se le brindó a la demandante en los tres aspectos que cobija el Sistema General de Pensiones.

Declara que con la condena de primera instancia que obliga a Protección a devolver estos dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, sin poder descontar lo que se realizó en algún momento por condición de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y de la demandante por recibir esto, que es una comisión que no es destinada a financiar la pensión de vejez, y que adicionalmente ya se están trasladando unos rendimientos que son fruto de la buena gestión que realizó Protección, por lo que la AFP tiene derecho a conservar la comisión como restitución mutua a su favor sin que exista alguna razón por la cual se tengan que trasladar estos dineros a Colpensiones.

Señala que también se han descontado unos valores de seguro previsional y que frente a estos, han sido girados a una aseguradora para que, en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pague esa suma adicional con el fin de financiar las pensiones por estos conceptos, inclusive expone que la prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación de la demandante y la AFP está imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela a Colpensiones, pues la aseguradora en este caso es un tercero de buena fe que nada tiene que ver entre el contrato suscrito entre la demandante y Protección, y como tercero de buena fe ha estado a cabalidad en cumplimiento de la normatividad para que pueda llegar a asegurarle a la demandante el pago de esas sumas adicionales. Hace salvedad en este punto respecto a la Sentencia SL 2324 del 19 de marzo de 2019 proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia Magistrada Ponente Dr. Ana María Muñoz Segura, donde luego de accederse a la ineficacia del traslado solicitado por un afiliado y ordenarse la devolución de los aportes del Fondo Privado a Colpensiones, se refirió al rol de los terceros de buena fe, considerando: 1. Que las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a terceros y 2. Que la devolución de los aportes no supone una retroactividad plena y en ese sentido deben mantenerse todas las situaciones consolidadas que se presumieron de buena fe.

Finalmente expone que cuando se realizó el traslado de Régimen de la demandante en el año 1994, este traslado se hizo de buena fe sin que existiera ningún vicio del consentimiento, razón por la cual, durante todos estos años tanto la aseguradora como el fondo privado han actuado en cumplimiento de una normatividad y esos descuentos que se realizaron por gastos de administración han sido en

cumplimiento de la ley, razón por la cual atendiendo la figura de la ineficacia, Protección tendría que trasladar solo los dineros que se aportaron al Sistema General de Pensiones por cuenta de los empleadores y por cuenta de las cotizaciones que realizó la demandante, más no unos rendimientos que se dan única y exclusivamente por el Sistema de Capitalización que maneja el Fondo Privado. Adicionalmente expresa que si hoy en día a la demandante se le negó la posibilidad de trasladarse a Colpensiones, sustenta que es porque indudablemente está dentro de la prohibición legal consagrada en la Ley 797 del 2003, tampoco es porque se quiera negar esta posibilidad a raíz de una decisión del fondo, sino en cumplimiento de un deber normativo.

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 **Myriam Lucia Bejarano Amaya** el día 5 de abril de 1994; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección S.A. 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 Colmena SA hoy AFP Protección S.A. el 5 de abril de 1994 con efectividad a partir del 1° de mayo de 1994 (fls 140).

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 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 Protección SA aportó: formulario de vinculación Colmena, copia del certificado ASOFONDOS SIAFP, historia laboral bono pensional, historia laboral, movimientos cuenta de ahorro individual aportes pensión y rendimientos, políticas para asesorar y vincular personas a Protección, Concepto de Superfinanciera No 2015123910-002, comunicado de prensa año de gracia.

Es decir que el fondo demandado no allega ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 5 de abril 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 5 de abril de 1994, la demandante tenía 294,14 semanas (fl157) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 08 de octubre de 1964 – fl 10) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse una vez cumpla las 1300 semanas en el RPM (actualmente ha cotizado más de 1589,57 semanas – fl157), 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 S.A.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Protección SA en cuanto 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 **Myriam Lucia Bejarano Amaya** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Protección SA el 5 de abril 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 Protección SA, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma

equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte 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 7 de mayo de 2021 por el juzgado 41° Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501620190018401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501620190018401)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501620190018401)



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 07-2019-00134-01

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

DEMANDANTE: MANUEL RICARDO VARGAS MORALES

**DEMANDADO: AFP PROTECCIÓN SA
COLPENSIONES
MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO**

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Protección S.A., y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 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 Linda Vannesa Barreto Santa María con tarjeta profesional No. 280.300 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.11)

La parte demandada Colpensiones (fls.7-11) y Protección (fls.5-6) presentaron 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) Manuel Ricardo Vargas Morales instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Protección SA, y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 4 del expediente digital-cuaderno principal, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare que en el presente caso ha existido un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias suscrito entre mi mandante y la AFP Protección S.A., toda vez que tanto en la etapa precontractual, como en el momento de la ejecución del contrato, se le oculto información de los riesgos que debía asumir cuando suscribió el formulario de vinculación. Específicamente el hecho de no haberle informado que el valor de la mesada pensional podría ser inferior a la que recibiras en Colpensiones.
2. Se declare que la AFP aquí señalada, incurrió en omisión en el deber de información que tienen las entidades financieras en relación a la comunicación al afiliado de todos los beneficios y desventajas que se tienen en el RAIS.
3. Se declare nulo el traslado de régimen realizado y promovido por AFP Protección S.A. a nombre del demandante.
4. Como consecuencia, se establezca que el demandante nunca dejó de pertenecer al RPM.
5. Se declare que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones y en consecuencia nunca dejó de pertenecer al RPM.
6. Se condene a AFP Protección S.A. como administradora en la cual se encuentra afiliado el demandante, a la nulidad de la afiliación del RAIS.
7. Se condene a la AFP Protección S.A. al traslado de los aportes cotizados en el RAIS a Colpensiones.
8. Se condene a Colpensiones a aceptar dichos aportes y a registrar al demandante como su afiliado.
9. Se condene a Colpensiones a reconocer, liquidar y pagar la pensión de Vejez del demandante de conformidad con la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003.
10. Se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.
11. Se condene a las pretensiones extra y ultra petita que sean probadas durante el proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda Colpensiones (fl.93-122 expediente digital-cuaderno principal), y AFP Protección SA (fl.147-163 expediente digital-cuaderno principal) de acuerdo al auto del 29 de Marzo de 2019. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de fondo y de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 30 de abril de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor Manuel Ricardo Vargas Morales, con la AFP Protección el 26 de mayo de 1994 contenida en formulario No. 38700. **ORDENÓ** a Protección SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor Manuel Ricardo Vargas Morales dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. **ORDENÓ** que igualmente Protección debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS. **ORDENÓ** a Protección a devolver la totalidad del valor del bono pensional tipo A redimido y pagado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público junto a la indexación de dichos dineros hasta la fecha de su devolución. **ORDENÓ** a Colpensiones a que una vez reciba los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, proceda a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez conforme los lineamientos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, de la cual es beneficiario el señor Manuel Ricardo Vargas Romero. La pensión deberá ser reconocida a partir de que el señor demandante acredite su desafiliación al sistema. **DECLARÓ** no probadas las excepciones presentadas por la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones Y La Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Protección S.A. **CONDENÓ** en costas al fondo demandado Protección y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos. Sin costas para Colpensiones y para Ministerio de Hacienda. **ORDENÓ** la remisión del expediente para ante el H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin que se efectúe el grado jurisdiccional de consulta y se revise la legalidad de la sentencia.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Nulidad y/o Ineficacia

Solicita se revoque el fallo y traer a colación el artículo 13 de la ley 100 de 1993 literal b que consagra la elección de uno o cualquiera de los regímenes pensionales es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestara por escrito su intención al momento de la vinculación o del traslado. Igualmente el artículo 271 de la ley 100 del 93 y teniendo en cuenta lo manifestado se tiene que el demandante el señor Manuel Ricardo Vargas Morales firmó formulario de afiliación trasladándose a la AFP Protección S.A. el 26 de mayo de 1994 de acuerdo a la documental que se allegó dentro del expediente, y por lo cual se infiere y de acuerdo por lo manifestado por el demandante, dicha voluntad de traslado la realiza de manera libre, voluntaria y sin presiones, por lo cual goza de plena validez.

Dice que ni en la documentación allegada ni en el interrogatorio practicado se logró probar la ineficacia del traslado o nulidad por falta de información. Que no se avizora ningún vicios de consentimiento tales como el error la fuerza o el dolo, previstas en el artículo 158 del código civil, con lo cual se debe determinar con claridad si al momento de afiliación al RAIS se indujo al error para que suscribiera los documentos necesarios para el traslado de régimen del que venía afiliado. Teniendo en cuenta que no todo error repercute en la ineficacia en los actos jurídicos, sino solo aquel que se convierte en el movis que es el que determina la voluntad.

Expresa que es claro que el acto jurídico que se encontraba celebrando al momento del traslado de régimen pensional, no se encuentra probado que se indujera a otro tipo de acto por la presunta omisión en el suministro de la información, y en caso de ser así, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento de acuerdo al artículo 1509 del código civil.

Manifiesta que viendo los hechos de la demanda se concluye que en el asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por el error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante, el señor Manuel Ricardo Vargas Morales y la AFP Protección por no tratarse de un error dirimente o de nulidad que es el que por esencia está afectando la validez del acto o condenas en relación.

Exhibe que tampoco se puede establecer la existencia de dolo con artificios o engaños por parte de los asesores de la AFP Protección, que lo indujeran a un error al momento de su afiliación. Por lo cual, y teniendo en cuenta los elementos probatorios no se puede establecer el error que vicia el consentimiento, o el dolo

que derive del engaño, por falta de información para que de este modo se pueda obtener el traslado del demandante al RPM en este caso con Colpensiones.

Pide que se tenga en cuenta el artículo 1750 del código civil el cual establece que el plazo para pedir la rescisión de un contrato es de 4 años los cuales se contarán en el caso del error o el dolo. De este modo se tiene que aclarar que si el traslado se realizó en el año de 1996, el traslado o la rescisión del contrato la debió hacer antes del año 2000, y nos damos cuenta que el demandante tampoco hizo uso de dicho retracto.

También solicita se tenga en cuenta que el demandante nació el 25 de febrero de 1956, y presentó reclamación administrativa ante Colpensiones el 8 de mayo de 2018 por lo cual está solicitando el traslado de régimen pensional encontrándose en la prohibición legal del artículo 2 de la ley 797 del año 2003, el cual modifica el artículo 13 de 100 del año de 1993. esto quiere decir que se encontraba a menos de 10 años para pensionarse por lo tanto no puede retornar nuevamente al RPM pues ya contaba en ese momento en el 2018 con 62 años de edad.

Pide tener en cuenta ciertos comportamientos que demuestran el interés del afiliado de permanecer en uno u otro régimen pensional así tal como lo expresa la sentencia SL 413 del año 2018, que especifica que lo importante es que exista una correspondencia entre la realidad y acción, es decir que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo firmado del trabajador de permanecer en un régimen pensional determinado, situación que en el presente asunto se observa teniendo en cuenta que el demandante realizó su traslado de régimen pensional hace aproximadamente 26 años por lo cual ha demostrado su interés de permanecer en el RAIS afiliado por la AFP Protección. Igualmente tampoco se ve inmerso en sus deberes como afiliado al no investigar a fondo respecto de los beneficios o los puntos en contra que le podía ofrecer cada uno de los regímenes pensionales.

Aclara que por el solo hecho de ser una asesoría verbal y no escrita, no le está quitando el carácter de ser una asesoría, y por el solo hecho de realizar manifestaciones de lo que se acuerda le fue informado en su momento no lo hace plenamente cierto, toda vez que en el tiempo transcurrido mucha de la información suministrado se pudo pasar inadvertida. Igualmente dice que el informar que la mesada pensional es el factor de inconformismo, este se obtiene una vez se cumplan los requisitos ya sea en uno u otro régimen pensional, y no al momento de su afiliación. Y no era dable exigirle al fondo una proyección que indicara las ventajas y desventajas al faltarle más de 20 años para cumplir el requisito de la edad, por lo cual el fondo le resulta imposible saber la base de cotización que recibiera el demandante al momento de cumplir la edad.

Deber de información

Resalta que en el fallo judicial no se está teniendo en cuenta que el deber de información de los fondos privados es en etapas, al aducir de manera genérica que en los casos de nulidad del traslado no se proporciona una asesoría clara, completa, suficiente y oportuna, situación que para la apoderada no es cierta ya que se deben tener en cuenta los parámetros para que en su momento sea manejada. Por lo tanto dice que la información que deba ser suministrada y valorada por el despacho deberá ser por los parámetros de la normatividad vigente al momento que el demandante suscribió el formulario de afiliación con la AFP Protección ya que no resultaría jurídicamente razonable exponer a las administradoras obligaciones a soportar información que en su momento no estaba prevista en el ordenamiento jurídico. Dice además que es importante recalcar que el deber de la doble asesoría surge en el año 2014 y como se indicó dicha normatividad no puede ser exigida al momento del traslado del demandante, teniendo en cuenta que la misma se realizó en el año de 1994.

Pide tener en cuenta que los procesos de nulidad e ineficacia del traslado están generando una labor bastante compleja para la entidad ya que está asumiendo la defensa dentro de una relación jurídica en la que no hizo parte Colpensiones, sino el fondo privado y el demandante.

Carga de la prueba

Advierte que resulta desproporcional colocar la carga de la prueba en las AFP, en el caso particular a Colpensiones, ya que en los casos que se ha declarado la nulidad esta es la más afectada en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio en el año 1994, esto queriendo decir que han transcurrido más de 23 años, por lo cual se está configurando imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, para la fecha en la cual no era obligatorio dejar un registro documental se la misma.

Dice que se debe tener en cuenta la responsabilidad en cabeza de los fondos como objetiva de no exigir al demandante que aporte prueba alguna que demuestre la existencia de un vicio de consentimiento, ya sea el error la fuerza o el dolo, al momento de su afiliación al RAIS y se está obligando la carga probatoria en los fondos, lo cual es una apreciación bastante desproporcional si se tiene en cuenta que los afiliados tienen el deber de asesorarse, obligaciones legales que están contempladas en el decreto 2241 del año 2010, con lo cual el silencio en el transcurso del tiempo se puede entender el interés del demandante por permanecer en el fondo privado.

Sostenibilidad Financiera

Dice que se debe destacar la importancia que la corte constitucional le ha prestado al tema de la sostenibilidad financiera. Dice que en la actualidad las decisiones de

los despachos judiciales de declarar la nulidad o ineficacia del traslado, están quebrantando el principio de la sostenibilidad consagrado en el artículo 48 de la constitución política, modificado por el acto legislativo número 01 del año 2005 pues se está generando una situación bastante caótica que vertebra en la debida planeación en el pago de las mesadas pensionales de las personas que venían aportando en debida forma y ayudando al sostenimiento del mismo, con lo cual se está desdibujando el RPM.

Finalmente aduce que no se amerita un traslado teniendo en cuenta que el demandante no cumple con lo exigido por la sentencia SU 062 del año 2010 y este no tiene una expectativa legítima. Teniendo en cuenta lo anterior, dice que Colpensiones no sería la encargada de reconocer una pensión de vejez, pues esta estaría a cargo de la AFP Protección quien es su actual fondo de pensiones, igualmente se tiene en cuenta que en el presente caso ya se redimió un bono pensional por el ministerio de hacienda y crédito público, y ya se encuentra en la cuenta de ahorro individual del demandante y no se pueden retrotraer tal situación como el la pretendía en este proceso, ya que ya se tiene un estatus para pensionarse y la misma deberá ser reconocida por el fondo privado, más exactamente por la AFP Protección, donde se encuentra afiliado el demandante.

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

Gastos de administración

Presenta recurso de apelación frente a lo versado en gastos de administración. De conformidad con el artículo 20 de la ley 100 de 1993, dice que tanto en el RPM como en el RAIS el 3% del IBC de los afiliados se destina a pagar la comisión de administración y el seguro previsorial, este último se paga mes a mes a una aseguradora para que, en caso de que ocurra un siniestro, por invalidez o sobrevivencia, dicha entidad pague la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez o sobrevivencia.

Dice que en ese caso que se declaró la ineficacia de la afiliación del RAIS y se condenó a Protección a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones, únicamente se da procedente la devolución de los aportes a la cuenta de ahorro individual, como los rendimientos financieros generados con la buena gestión de protección, pero no es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por comisión de administración toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de el demandante, descuentos realizados conforme a la ley y en contraprestación a una buena gestión

de administración como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

Manifiesta que tampoco se puede condenar a Protección a devolver el valor de seguro previsional, toda vez que mensualmente de la cuenta de ahorro individual se descontó dicho seguro y se le pago a una aseguradora para que en caso de que hubiere existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia, este pagara una suma adicional que pagara la pensión de invalidez por dichos conceptos, así mismo el seguro previsional ya fue pagado mes a mes a la aseguradora y Protección ya está imposibilitada para recobrárselo y devolvérselo a Colpensiones, toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe, que nada tuvo que ver en el contrato suscrito entre el afiliado y Protección.

Dice que no se puede desconocer estas situaciones, sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieran dado y recibido, se llegaría a la conclusión de que el afiliado debe restituir los rendimientos de su cuenta a la AFP y este último restituir las comisiones de administración al afiliado toda vez que esta comisión nunca se debió haber descontado, como tampoco nunca debieron haber rendimientos.

Finalmente pone de presente que en el caso que se ordene a Protección a devolver a Colpensiones los aportes del demandante, los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por comisiones de administración, estaría constituyéndose en un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante.

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) **Manuel Ricardo Vargas Morales** el día 26 de mayo de 1994; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Protección S.A. 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 Protección SA el 26 de mayo de 1994 con efectividad a partir del 1° de junio de 1994 (fl.197 expediente digital-cuaderno principal).

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 arguirse 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 este 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 Protección S.A aportó: copia formulario de afiliación 26 mayo de 1994, histórico reclamación del bono pensional, resumen historia laboral para bono pensional, historia de aportes realizados a Protección, SIAPF.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de Mayo 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 26 de mayo de 1994, el(la) demandante tenía 366,71 semanas (fl 179 expediente digital-cuaderno principal) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 25 de febrero de 1956 – fl.20 expediente digital-cuaderno principal), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo (actualmente ha cotizado más de 1.661 semanas - fl 179 expediente digital-cuaderno principal), se habría podido pensionar en el año 2018 en el régimen de prima media, 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 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 con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, 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.

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Protección SA en cuanto a la no devolución de 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 Protección SA.

Ahora bien, conforme el punto de apelación de Colpensiones sobre la carga probatoria, 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 (...)**

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el(la) señor(a) **Manuel Ricardo Vargas Morales** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Protección S.A. el 26 de mayo 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 al recurso al apelante 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 30 de abril de 2020 por el juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas (AFP Protección SA, y Colpensiones) y a favor de la parte actora. Fijense 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. 11001310500720190013401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500720190013401)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALÁCIO

(Rad. 11001310500720190013401)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 04-2020-00307-01

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

DEMANDANTE: HENRY ALBERTO GARZON ABELLA

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

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 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 demandante (fls.10-11) y la parte demandada Colpensiones (fls.13-14) y Porvenir (fls.4-8) 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) Henry Alberto Garzón Abella instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, AFP Colfondos S.A y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 1 del archivo digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen realizado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
2. Como consecuencia de lo anterior, se declare para todos los efectos legales que el demandante siempre ha permanecido afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cabeza de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.
3. Que se ordene el traslado de los aportes realizados por mi poderdante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
4. Que se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, AFP Colfondos y a la AFP Porvenir S.A. a cancelar las Costas Procesales, incluidas las Agencias en Derecho.
5. Que se reconozca al demandante los pagos distintos a los solicitados cuando hayan sido discutidos y probados, lo mismo que a pagos superiores bajo el principio y poder del Juez de Extra y Ultra Petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda Colpensiones (fl 519 expediente digital), y AFP Porvenir SA (fl 322 expediente digital) y AFP Colfondos SA (fl.519 expediente digital) de acuerdo al auto del 7 de diciembre de 2020. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 15 de abril de 2021,

DECLARÓ la nulidad o ineficacia de la afiliación que hiciera el demandante Henry Alberto Garzón Abella al RAIS que en su caso administran las AFP Porvenir SA,

para tenerla válidamente afiliada a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, **CONDENÓ** a la administradora de fondo de pensiones y cesantías Colfondos SA a trasladar Colpensiones a la el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración y comisiones. **ORDENÓ** a Porvenir S.A. y Colfondos SA a cancelar la diferencias que llegasen a resultar de entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en el régimen de prima media con prestación definida si fuere el caso, los cuales serán asumidos por el propio patrimonio, incluidos los gastos, cuotas de administración y comisiones debidamente indexadas para tal efecto se conminó a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, para que realice las gestiones necesarias para obtener el pago de dichas sumas si a esto hubiese lugar. **ORDENÓ** a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida. **DECLARÓ** no probadas las excepciones presentadas por las demandadas. **CONDENÓ** en costas a las demandadas Porvenir y Colfondos SA, fijándose las agencias en derecho en la suma de \$300.000 y \$600.000, respectivamente. **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Para que el honorable Tribunal Superior Sala Laboral revoque la decisión y absuelva a Colpensiones todas y cada una de las pretensiones.

Manifiesta que del interrogatorio de parte y de las pruebas practicadas dentro del proceso, se permite establecer que no existió un error de hecho, sino de derecho, el cual con el paso del tiempo fue subsanado, no solo por la voluntad que se plasmó en el formulario al suscribir el formulario de afiliación, sino por su vocación de permanecer en el régimen privado que se dio por un período prolongado, que además fue ratificado haciendo traslados transversales de Porvenir a Colfondos.

Solicita a los honorables Magistrados, se tenga en cuenta que el demandado se vio inmerso la prohibición legal enmarcada en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal 1 del artículo 3 de la ley 100 del 93, ya que el mismo, solicitó la nulidad del traslado teniendo 61 años de edad al haber sobrepasado los 10 años

para solicitar el traslado y más aun teniendo la edad para acceder al derecho pensional.

Finalmente expresa que al permitir el traslado se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema, en el sentido que, la cotización entre un régimen y otro varia tras trasladarse a Colpensiones, los rendimientos financieros no serían los mismos, afectando los intereses de Colpensiones.

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

Solicita se revoque la decisión en todas sus partes y en su lugar se absuelva a Porvenir en todas y cada una de las condenas impuestas en su contra.

Nulidad y/o ineficacia

Dice que no le asiste 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 al demandante, teniendo en cuenta la circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia establecida, a efectos de que se entendiera no sólo materializado, sino valido el traslado del régimen pensional, que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario y de conformidad con las disposiciones vigentes que habían sobre el particular, tal como ocurrió en ese caso.

Manifiesta que Porvenir S.A. cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo, la permanencia del demandante en el Régimen De Ahorro Individual administrado por Porvenir y posteriormente por Colfondos, ha sido una decisión libre, voluntaria, informada y que se ha ratificado en el tiempo.

Expresa que no es razonable deducir que, la ineficacia del traslado sea por una falta de consentimiento por vicios en el mismo, toda vez que Porvenir le brindó al demandante una asesoría oportuna en donde le informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del Régimen De Ahorro Individual y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en el formulario suscrito por el demandante con Porvenir.

De otro lado dice que, no se puede deducir que Porvenir hubiese faltado a su deber de información, obligándola a portar documentos que para la fecha del traslado no le eran obligatorios, como lo son la simulación pensional y demás documentos que aduce la parte demandante.

Hace referencia a que la *Ley 100 del 93*, el *Decreto 663 del 93* y posteriormente la *ley 1328 de 2009* en sus *artículos 3 y literal c* y el *artículo 9*, establecían un deber de información que tienen las AFP'S con el usuario en el momento del traslado, obligación que se cumplió a cabalidad en dicho momento de manera verbal. Sin embargo, dice se debe tener en cuenta que la *Ley 1748 del 2014*, es la que hace la alusión a la obligación que tienen las Administradoras Privadas de Pensiones a realizar una proyección total a todo lo que a pensión se refiere y, a brindar documentos en el momento de la asesoría. Sin embargo la misma entra a regir es a partir del 26 de diciembre de la misma anualidad, razón suficiente para establecer que, al momento del traslado con Porvenir, no le era obligatorio brindar documentos con la asesoría.

Gastos de administración

En cuanto a lo que gastos de administración dice que también en el Régimen De Prima Media, se cobra un 3% de la cotización, conforme al *Inciso 2 del Artículo 20* y estos gastos de administración están llamados a la pensión de invalidez y sobrevivientes, dichos gastos de administración debe tenerse en cuenta, que no forman parte íntegra de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción, además expresa que, es necesario poner de presente que la Superintendencia Financiera mediante concepto emitido el 15 enero del 2020, manifestó de manera expresa que en caso de que surja una ineficacia del traslado, los únicos dineros a retornar con destino a Colpensiones, serían las cotizaciones junto con su rendimientos.

El apoderado manifiesta que ordenar estos traslados a Colpensiones configura un enriquecimiento sin causa favor de esta demandada, en razón en que, no existe norma expresa que disponga tal devolución de los gastos de administración, como si lo hace el *artículo 113 literal b* de la *ley 100 del 93* que menciona que en dado caso que surja un cambio en régimen pensional, los únicos dineros a trasladarse de un fondo a otro, son los concernientes a las cotizaciones y a sus rendimientos.

Exhorta a que se declare la prescripción respecto a la devolución de los gastos de administración, primas de seguro, o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado, o con organismos financieros, por cuanto no corresponden a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los dos regímenes pensionales.

Finalmente pide tenerse en cuenta que lo que se declaró en esta sentencia fue una nulidad y en consecuencia no procede la prestación de devolverse los gastos de administración, teniendo en cuenta que de ordenarse, se deben restituir los frutos

financieros que le fueron consignados a su cuenta de ahorro individual, esto, por parte del afiliado, ya que así lo tiene decantado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia tratándose de la restitución en mutuas y es uno de los efectos jurídicos previstos en los *artículos 17 y 46 del Código Civil y ss.* para la nulidad de un acto jurídico, en cuanto a que la parte actora recibió frutos de la relación contractual declarada nula en esta obligación, que debe restituirlo, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin causa favor también del demandante.

El apoderado dice que según su apreciación no se acreditan los supuestos sobre los cuales se condena a Porvenir y por tal motivo solicita al honorable Tribunal, en su Sala Laboral que revoque la sentencia de primera instancia y absuelva a Porvenir de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

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

Interpone el recurso de apelación contra la sentencia proferida, en cuanto al numeral 2, es decir, las condenas impartidas hacia Colfondos S.A de devolver gastos de administración y comisiones.

Dice que Colfondos es un tercero de buena fe y recibió al señor demandante como traslado entre administradoras para el año 2015 cuando ya contaba con 58 años de edad. Dice que debe tenerse en cuenta que Colfondos S.A sólo recibió de la AFP Porvenir lo que fue cotizaciones al sistema de pensiones, más los rendimientos, no recibió ningún otro emolumento y que por tal motivo no podría responder por tiempos anteriores a la fecha de afiliación.

Se refiere a las comisiones, y solicita que sean estudiadas, teniendo en cuenta que esas comisiones y los gastos de administración, vienen descontados por mandato legal en virtud de la *ley 100 de 1993*, la cual estableció en el *artículo 20* que los fondos privados podían descontar de las comisiones y gastos de administración, un porcentaje debido a los manejos que realizan los fondos privados para generar unos rendimientos a la cuenta de ahorro individual.

Manifiesta que al obligar a Colfondos, no solamente a devolver los gastos de administración, los rendimientos, los aportes y las comisiones, se estaría causando un desconocimiento a las restituciones mutuas, que no son otras diferentes, que al declarar la nulidad (recuerda que en el proceso se declaró fue la nulidad y no la ineficacia de la afiliación), hace referencia al regreso de las cosas al estado en que

se encontraban antes de que se firmará un contrato que sea resuelto o terminado por las partes.

Indica que al declarar la nulidad de la afiliación en el proceso, se tendría que retrotraer las cosas a su estado natural, es decir, devolverle al señor demandante lo que le correspondiera por las cotizaciones que hubiera realizado en el Régimen de Prima Media con prestación Definida administrado por Colpensiones, es decir, sin rendimientos al momento de hacer la equivalencia del capital aportado.

Solicita tener en cuenta que, al declarar la devolución de gastos de administración, al hacer la devolución de las comisiones, se está causando un enriquecimiento sin justa causa, tanto a favor del señor demandante como a favor de Colpensiones, en atención a lo establecido en la sentencia T-219 de 1995, en la cual establece cuales son los requerimientos para que se dé el enriquecimiento sin justa causa e indica que son tres:

Primero, hay un enriquecimiento o aumento de un patrimonio, se pregunta el apoderado ¿cuándo se da este aumento o enriquecimiento de un patrimonio? Y responde que este se da cuando se ordena devolver los gastos de administración y devolver las comisiones a cargo del patrimonio propio de Colfondos, en atención a que estos no están entrando directamente a nombre del señor demandante, sino que están entrando directamente al fondo común que maneja Colpensiones, por tal motivo, no solamente estarán beneficiando al señor demandante sino que se está sufragando a todos los afiliados del sistema general de pensiones afiliados a Colpensiones, por tal motivo dice que se está enriqueciendo un patrimonio de terceros, que nada tuvieron que ver en el momento en que se dio la afiliación del demandante.

Segundo, dice que es un empobrecimiento correlativo de otro, es decir, que se beneficia al demandante, se beneficia a Colpensiones y se empobrece el patrimonio propio de AFP Colfondos, en atención que tiene que sacar de su propio peculio unos dineros de los cuales el demandante se vio beneficiado en atención a los rendimientos que recibió y en atención a todas las coberturas que tuvo durante la afiliación que se realizó a partir del año 2015.

Tercero que el enriquecimiento se haya causado sin justa causa, es decir, sin fundamento jurídico, esto quiere decir que Colpensiones y el señor demandante, se están enriqueciendo de unos dineros que no trabajo durante todo el momento que estuvo afiliado, los afiliados de Colpensiones a la entrada de su régimen común se están beneficiando de unos dineros que no fueron trabajados y que si se le está desconociendo el trabajo que hizo Colfondos a favor del demandante.

Pide que se tenga en cuenta que el señor Juez condenó a que se debería realizar la equivalencia al capital de ahorro de Colfondos, y que condenó a que se hiciera la equivalencia al capital del ahorro acumulado, es decir, que se debe hacer el cálculo para verificar si los aportes corresponden a la misma cantidad de aportes que se hicieron en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en lo cual también difiere, teniendo en cuenta que estos aportes en el fondo de ahorro individual generaron rendimiento, los cuáles son superiores a los que hubiese obtenido en el Régimen de Prima Media.

Solicita que sea revocado este numeral, como quiera que, se le están dando condenas a Colfondos sin que ella hubiese tenido nada que ver al momento de darse el traslado del régimen pensional. Así mismo, también pide que se analice en el interrogatorio de parte que se realizó, y se tenga en cuenta que Colfondos si cumplió con su deber legal de dar la información, ya que se le elaboró una simulación pensional y se le indicó al señor cómo se pensionaba, teniendo en cuenta, que él confesó: *"Colfondos me elaboró una simulación para año 2020 y me dijo que el capital que tenía en mi cuenta de ahorro no me alcanzaba, por tal motivo me iba a pensionar con una garantía."*

Expresa que con base a lo anterior, si se le dio información, pese a que después fue contradictorio en sus demás contestaciones.

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) **Henry Alberto Garzon Abella** el día 30 de octubre de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Colfondos S.A. 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 30 de octubre de 2000 con efectividad a partir del 1 de diciembre de 2000(fl.381 expediente digital), y solicito traslado a la AFP Colfondos S.A el día 29 de abril de 2015 (fl.133) fondo en el que actualmente se encuentra.

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 adocinado, 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 Porvenir S.A aportó: copia certificado asofondos SIAFP, copia formulario de afiliación del año 2000, copia de certificado de egreso emitida por Porvenir, copia de relación de aportes de la demandante, relación movimientos CAI, copia de respuesta a solicitud de la demandante, constancia publicación artículo diario El Tiempo de 14 enero 2004., copia de concepto de la Superfinanciera del 17 enero de 2020. AFP Colfondos aportó su certificado de existencia y representación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 de octubre 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 30 de octubre de 2000, el(ia) demandante tenía 426 semanas (fl 567 expediente digital) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 36 años (nació el 11 de diciembre de 1958 – fl.134 expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo (actualmente ha cotizado más de 1.338,86 semanas - fl 148 expediente digital), se habría podido pensionar en el año 2020 en el régimen de prima media, 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 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 con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, 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 S.A ni AFP Porvenir SA.

Respecto del argumento expuesto por los apoderados de las demandadas AFP Porvenir SA y AFP Colfondos S.A en cuanto a la no devolución de 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 y AFP Colfondos S.A.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el(la) señor(a) **Henry Alberto Garzon Abella** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Porvenir S.A. el 30 de octubre de 2000.

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, AFP Colfondos S.A. 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 15 de abril de 2021 por el juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas (AFP Porvenir SA, AFP Colfondos S.A y Colpensiones) y a favor de la parte actora. Fijense 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.

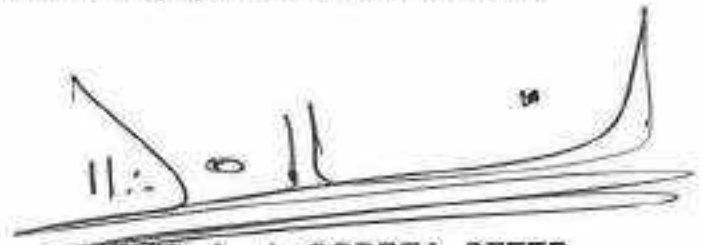
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500420200030701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500420200030701)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500420200030701)





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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 35-2019-00631-01

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

DEMANDANTE: MAURICIO FARIAS JARAMILLO
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 S.A., y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35 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 al abogado Simón Enrique Angarita Villamizar con tarjeta profesional No. 271.911 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.238)

La parte demandada Porvenir (fls.3 a 13), Colpensiones (fl 24) y la parte demandante (fls.18), presentaron alegaciones por escrito y vía correo electrónico, 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) Mauricio Farias Jaramillo instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 1 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad del traslado del señor Mauricio Farias Jaramillo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada en junio de 1994 al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
2. Se declare la ineficacia del traslado realizado por el señor Mauricio Farias Jaramillo del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir en junio de 1994, y, en consecuencia, la inoperancia de sus efectos.
3. Se declare como afiliación válida al Sistema General de Pensiones del señor Mauricio Farias Jaramillo la efectuada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto De Seguros Sociales hoy Colpensiones.
4. Se declare que el señor Mauricio Farias Jaramillo se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
5. Se condene a la AFP Porvenir S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones los aportes realizados por el señor Mauricio Farias Jaramillo al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
6. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por el señor Mauricio Farias Jaramillo en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
7. Que se profiera las condenas extra y ultra petita que el señor Juez considere pertinentes.
8. Que se condene a la Entidad demandada al pago de las costas del proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda Colpensiones (fl 149-182 expediente digital), y AFP Porvenir SA (fl 234-257 expediente digital) de acuerdo al auto del 27 de septiembre de 2019. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 17 de noviembre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por el señor Mauricio Fariás Jaramillo, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia de ello, se **ORDENÓ** al fondo de pensiones a trasladar a la Administradora Colombiana DE Pensiones – Colpensiones – todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos. **CONDENÓ** a las AFP Porvenir S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del actor por los gastos de administración, conforme al tiempo que ésta permaneció afiliada en la AFP, tal como se advirtió en la parte motiva. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a volver a afiliarse al señor Mauricio Fariás Jaramillo al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías Porvenir S.A. **CONDENÓ** en costas a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES. **ORDENÓ** en caso no ser apelada la decisión remitir el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Solicita sea revocado el fallo dictado en el proceso, toda vez que, en principio la afiliación es válida, ya que fue suscrita de manera voluntaria, sin presiones ni constreñimientos por una persona que es plenamente capaz.

De igual manera dice que, se debe tener en cuenta que la *ley 153 del 87 en su artículo 17* habla de que las meras expectativas no constituyen derecho en contra de una ley nueva que las anule o cercene, de igual manera, la caducidad de la rescisión del formulario de afiliación de conformidad con el *artículo 1750 del código civil* que señala el término de cuatro años para solicitarlo.

Finalmente dice que deben tenerse en cuenta los principios de sostenibilidad fiscal del sistema pensional, de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, nadie puede alegar a su favor su propia culpa y que hay hechos sobrevinientes que no se pueden prever al momento de la afiliación.

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

Nulidad y/o Ineficacia

Dice que el fallador de primera instancia, tiene como motivación principal la línea jurisprudencial en sede de casación emitida por la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, respecto a supuestos fácticos, la misma no es aplicable en el caso del demandante porque al momento del traslado de régimen, no contaba con ninguna expectativa o derecho adquirido, o incluso del régimen de transición para considerar que ese traslado de régimen le generaba un perjuicio frente a su situación pensional, caso que se hace mención en la jurisprudencia citada y que es de reproche a las administradoras de pensiones por parte de la Sala Laboral.

Expresa que en ese sentido el demandante al momento de realizar el traslado de régimen frente a su situación fáctica, no estaba renunciando a ningún tipo de derecho prestacional o pensional y estaba en total libertad para realizar el traslado de régimen, conforme a lo facultado por la *ley de 100 de 1993*.

Indica que el fallador de primera instancia, también menciona que no se allegaron medios de convicción suficientes para que se determinará que esa decisión fue libre y voluntaria, o hablar de un consentimiento informado.

Refiere que dentro del interrogatorio de parte es más que suficiente, respecto a la información que se le dio a la parte actora, al momento de realizar ese traslado de régimen, se le mencionaron características propias del Régimen De Ahorro Individual, se le mencionó que se trataba de una cuenta personal frente a un ahorro respecto a su pensión. Indica que posteriormente, también se le allegó una carta previa a cumplir los 10 años para acceder a su pensión que le ponía la posibilidad de retornar al Régimen De Prima Media y también se le allegaron los extractos de aportes informando respecto esas cotizaciones realizadas a la administradora de pensiones. En ese sentido, el apoderado dice que Porvenir cumplió con ese deber de información que le era atendible respecto a, como se ha manifestado, frente al aspecto legal y jurisprudencial emitido.

Manifiesta que considerar un dictamen pericial, como algo determinante para determinar un perjuicio acaecido a la parte actora, propiamente no conduce evidentemente a aspectos del traslado de régimen, solicita que se vea que determinar el monto de la pensión para el caso del demandante que aconteció algo más de 20 años, propiamente no es determinable al momento de trasladarse de régimen, porque las facultades o condiciones propias que conllevan la determinación de ese monto pensional en El Régimen De Ahorro Individual van a depender a futuro, es decir, poco previsibles y determinables para el asesor, incluso para el mismo fondo de pensiones.

Dice entonces que considerar el dictamen pericial como una afectación al patrimonio propio del demandante, o un perjuicio acaecido propiamente, no es una razón suficiente para determinar una desinformación frente al aspecto de la ineficacia del traslado de régimen.

Gastos de administración

Refiere respecto a la condena a Porvenir en gastos de administración, propiamente se deja como desconocimiento el *artículo 13 literal q* y el *artículo 20 de la Ley 100 de 1993*, donde la misma *ley 100* facultó a las administradoras de pensiones para generar estos cobros por su gestión realizada, durante todo ese lapso de tiempo el demandante se vio cobijado y favorecido frente a los rendimientos que género su cuenta de ahorro individual.

Dice que debió analizarse la excepción propiamente, incluso de prescripción frente a esta destinación de gastos de administración porque tienen una destinación diferente al aporte realizado a pensión, más aún, cuando fueron dirigidos también al pago de primas de seguros que durante todo este lapso de tiempo el demandante se vio cubierto.

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) **Mauricio Farias Jaramillo** el día 26 de abril de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir S.A. 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 26 de abril de 1994 (fl.260 expediente digital), y solicito traslado a la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A el día 5 de agosto de 1998 (fl.261 expediente digital) y finalmente retorno a AFP Porvenir S.A. el 9 de junio de 1999 (fl.259 expediente digital).

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 sentencias 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 Porvenir S.A aportó: copia formularios de afiliación de los años 1994, 1998 y 1999, copia de formulario de actualización de datos, constancia publicación artículo diario El Tiempo de 14 enero 2004., copia de concepto de la Superfinanciera del 17 enero de 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de abril 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 26 de abril de 1994, el(la) demandante tenía 652 semanas (fl 45 expediente digital) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 23 de septiembre de 1957 – fl.43 expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo (actualmente ha cotizado más de 1.560 semanas - fl 45 expediente digital), se habría podido pensionar en el año 2019 en el régimen de prima media, 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 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 con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, 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.

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir SA en cuanto a la no devolución de 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 adocrinó: "Por esto mismo, la Sala ha adocrinado 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.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el(la) señor(a) **Mauricio Farias jaramillo** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Porvenir S.A. el 26 de abril 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 17 de noviembre de 2020 por el juzgado 35 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. Fijense 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. 11001310503520190063101)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503520190063101)

Aclaro voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503520190063101)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 22-2018-00619-01

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

DEMANDANTE: NANCY ARDILA CORTES

DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
AFP OLD MUTUAL S.A.

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PORVENIR SA, AFP OLD MUTUAL S.A. Y COLPENSIONES)
// CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir, Old Mutual y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 04 de diciembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandante, Colpensiones y AFP Porvenir SA presentaron alegaciones vía correo electrónico (fls.233-237), AFP Old Mutual hoy AFP Skandia S.A.(fls.239-240).

Según lo ordenado en auto de 09 de abril de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Nancy Ardila Cortes instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, AFP Old Mutual S.A. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 45, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare que la afiliación de Nancy Ardila Cortes identificada con CC No 51.652.725 hecha al RAIS es nula o ineficaz, y que por lo tanto la misma no produjo efectos.
2. Que como consecuencia se condene a AFP Porvenir S.A. y AFP Old Mutual a que se declare nula o ineficaz la afiliación al RAIS.
3. Que como consecuencia se condene a AFP Porvenir S.A. y AFP Old Mutual a declarar como afiliación válida la hecha al ISS hoy Colpensiones.
4. Que como consecuencia se condene a AFP Porvenir S.A. y AFP Old Mutual a retrotraer los efectos de la afiliación, y en tal sentido trasladar a Colpensiones la información y dineros aportados como si el traslado nunca se hubiere realizado.
5. Que como consecuencia se condene a AFP Porvenir S.A. y AFP Old Mutual al pago de costas del proceso y agencias en derecho.
6. Que como consecuencia se condene a AFP Porvenir S.A. y AFP Old Mutual a cualquier condena o reconocimientos que se haga en virtud de la facultad de fallar ultra y extra petita

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.71-89), AFP Old Mutual S.A. (fls.118-131), AFP Porvenir SA (fls.195-201) de acuerdo al auto del 15 de enero de 2019, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito y de fondo.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 laboral del circuito de Bogotá en sentencia del 4 de diciembre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por Nancy Ardila Cortes CC. 51.652.725 al RAIS acaecido el 23 de octubre de 1998, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. **ORDENÓ** a Old Mutual S.A. fondo al que se encuentra afiliada Nancy Ardila Cortes CC. 51.652.725 a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. **ORDENÓ** a Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. a remitir a Colpensiones los dineros que recaudo por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduro la aparente afiliación a ese fondo. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia. **CONDENÓ** en costas a Old Mutual S.A. y a Porvenir S.A. a la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una. **ORDENÓ** la consulta de la sentencia en caso de no ser apelada ante el superior inmediato.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Gastos de administración

Manifiesta que no se comparte la decisión del despacho de condenar a Porvenir SA a trasladar los gastos de administración, toda vez que esto va en contra de principios generales del derecho, en especial, del principio de inescindibilidad de las normas, resalta que como lo ha establecido la Corte Constitucional en sentencia C-345, la ineficacia en sentido estricto es una figura totalmente diferente a la nulidad y en ese orden de ideas, sus efectos son propiamente los establecidos en la norma taxativa, que en este caso son los establecidos en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, que dice lo siguiente: *"La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador."*

Denota que no se habla de retrotraer las cosas a su estado original, pues esos son los efectos propios o las consecuencias jurídicas propias, porque el efecto en términos generales es la ineficacia en sentido amplio, pero los efectos propios o las consecuencias propias, no es retrotraer las cosas a su estado original, retrotraer las cosas a su estado original y dándole parte del derecho de restituciones mutuas,

pues no contempla el *artículo 271* y por tanto, no existe ningún fundamento jurídico para obligar a mi representada a trasladar los gastos de administración.

Dice que, si se da en ese sentido, la consecuencia de retrotraer las cosas a su estado original, debe notarse que las condenas se están haciendo con un doble rasero, por una parte, se está estableciendo que los dineros de gastos de administración que descontó Porvenir de manera legal durante los años que estuvo afiliada al Régimen, tienen que restituirse porque estos nunca debieron estar en el Régimen de Ahorro Individual, porque la hoy demandante nunca estuvo en el Régimen de Ahorro Individual y siempre estuvo en el Régimen de Prima Media sin solución de continuidad.

Expresa que, en el caso, por ejemplo, de Old mutual se le obliga a restituir los ejercicios financieros pese a que se acaba de declarar que nunca estuvo en el Régimen de Ahorro Individual y el Régimen de Prima Media no genera ningún ejercicio financiero, entonces cuestiona el apoderado ¿Cuál es el fundamento para obligar por lo menos a Old Mutual, a trasladar los ejercicios financieros, si se supone que estos nunca se generaron en el Régimen de Ahorro Individual? Por tanto, esto propende un enriquecimiento sin causa.

Menciona esto para decir que ocurre lo mismo en el caso de Porvenir, que se le obliga a restituir los gastos de administración, a pesar de que no es efecto de la ineficacia en sentido estricto retrotraer las cosas a su estado original. Resalta que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, que sin lugar a dudas es la más expedita para estos temas, ha establecido también que las obligaciones de tracto sucesivo, como lo son los gastos de administración, no son susceptibles propiamente de restituciones y por tanto, estos gastos de administración tampoco debieron declararse restituidos, porque cuando se da el efecto de la ineficacia se tiene que hacer el traslado en los términos del *artículo 113 de la ley 100* y no en los términos del *artículo 1746* y si en gracia de discusión se va a hacer en estos términos, el artículo es absolutamente claro en establecer que las restituciones son mutuas, no unilaterales y afirma que no se logró probar ninguno de los elementos del 996 como es la posesión de mala fe, recordemos que los dineros de Porvenir que tenía la hoy demandante, nunca los hizo a título de posesión, sino de administradora propiamente o de una situación de mandato.

Dice que la excepción de prescripción, por lo menos, sobre estos valores debió ser llamada a prosperar en las entidades que son emolumentos netamente económicos y en los términos del *artículo 20 de la ley 100 de 1993*, no hacen parte de los dineros destinados para las pensiones de los demandantes y por tanto, no tienen la protección de imprescriptibilidad que trae el *artículo 48 de la Constitución Política* y

al ser emolumentos netamente económicos, ni ceder situaciones jurídicas o hechos como esa teoría conveniente que ha traído la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, si son susceptibles de prescripción, pues pasa lo mismo que con las mesadas pensionales que si son susceptibles de prescripción y en ese sentido debió declararse, por lo menos, la prescripción sobre esos valores de gastos de administración.

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

Gastos de administración

Dice que, en efecto, con las razones expuestas por el apoderado de Porvenir, pero más allá de ello, también manifiesta la inconformidad respecto y únicamente frente a la orden impartida de devolver los gastos o el porcentaje que corresponde a los gastos de administración hacia Colpensiones debidamente indexados.

Dice que la sentencia de primera instancia se aparta por completo de las disposiciones de orden legal, como lo constituye el *Decreto 3995 del 2008 artículo 7*, que indica, frente a los traslados de recursos de regímenes al Sistema General de Pensiones, que deben trasladarse las unidades de aportes efectuados a nombre del trabajador, pero nada indica el recitado artículo, que deba trasladarse por parte de los fondos, el concepto o el porcentaje correspondiente a los gastos de administración.

Menciona que hay varios conceptos emitidos por los entes de control, como lo constituye la Superintendencia Financiera, que recientemente y específicamente ese año, ha emitido diferentes conceptos respecto a los casos de nulidad y/o ineficacia de los traslados, aclarando y especificando de manera muy concreta que cuando se ordene por parte de los operadores judiciales los respectivos traslados de aportes, no deben trasladarse los recursos destinados única y exclusivamente para los gastos de administración y ello tiene una razón de ser porque dichos dineros o dicho porcentaje, no se encuentra a disposición de la entidad Old Mutual.

Pide que se observe que desde el año 2007 fecha en la cual la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria hacia Old Mutual S.A., goza o ha gozado, inclusive en la actualidad, de una cobertura frente a unas posibles contingencias por una invalidez o muerte, por tanto, tal porcentaje que está señalado en la ley, ha sido destinado para pagar las pólizas respectivas y pagar las aseguradoras respectivas

para cubrir dichas contingencias de las cuales no han sido efectivas pero la demandante ha contado con dicha cobertura y ha disfrutado dicha de cobertura.

Dice que se hace jurídicamente inviable la práctica, tanto económicamente, financieramente y fiscalmente devolver unos dineros de los cuales ya no se encuentran en las arcas de la entidad, para cumplir dicho fallo tendría la entidad que cubrir con su propio patrimonio dichos porcentajes y en ese orden de ideas, se estaría generando un perjuicio a la sostenibilidad del sistema.

Solicita respetuosamente al honorable Tribunal de Bogotá, se sirva evaluar, analizar este aspecto, específicamente lo que tiene que ver con los gastos de administración, dado que, como lo expuso, se aparta por completo de los postulados de orden legal.

Dice también, que si los honorables Magistrados confirman la decisión aquí proferida en primera instancia y también, argumentando o ampliando la argumentación dada por el apoderado de Porvenir, es importante tener en cuenta, que la figura de la prescripción si opera exclusivamente para los gastos de administración, dado que se aparta por completo este porcentaje para cubrir la pensión de vejez de la demandante, y por ende, dichos conceptos de gastos de administración si operan o debe analizarse la figura de la prescripción.

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

Solicita se revoque en su totalidad la sentencia proferida por el operador judicial de primera instancia, teniendo en cuenta que la demandante se encontraba dentro de una prohibición legal al momento de la solicitud del retorno al Régimen de Prima Media.

La demandante contaba con 56 años, pues nació el 18 de mayo de 1961, encontrándose en una prohibición legal descrita en el *artículo 2 de la ley 797 del 2003*, el cual manifiesta que después de un año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen, cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad, para tener derecho a la pensión.

Se refiere sobre el derecho de información, al cual se refirió la Juez de primera instancia, para que los Magistrados tengan en cuenta, que si bien las AFP's debieron informar de manera suficiente a la actora, esto no la exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional, de lo cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez, como tampoco la sustraía de la aplicación de la ley para darle

un tratamiento desigual, como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviera menguada frente a la definición de un acto de la mayor importancia, en la medida en que de su elección dependerán las condiciones de cubrimiento de las contingencias amparadas por el sistema de seguridad social y en particular, la de vejez, lo que no convierte a los afiliados en incapaces para suscribir contratos.

Reitera también el tema de la descapitalización del régimen de prima media, desde una perspectiva social sería contraria a la equidad y se abandona el valor de la justicia material, al remitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales entrar a beneficiarse y subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otros y no por ellas mismas.

Dice que en el proceso no se aportaron simulaciones pensionales, que, si bien no permiten establecer el costo de la pensión en el Régimen de Prima Media, tampoco permite establecer si existe perjuicio para la demandante en su mesada pensional.

finalmente reitera el tema del régimen de transición, la Corte en su línea jurisprudencial ha manifestado y ha concedido la ineficacia en casos donde el demandante realmente se vea lesionado en su expectativa pensional y que coste de ese beneficio, en este caso, he sido reiterativa indicando que no tiene derecho, o no tiene ese beneficio del régimen de transición, por lo cual, pensionarse bajo la ley 797, que indican los fondos privados, no sería una lesión al derecho de seguridad social de la demandante.

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 **Nancy Ardila Cortes** el día 23 de octubre de 1998; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Old Mutual hoy AFP Skandia S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente 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 Horizonte hoy AFP Porvenir

S.A. el 23 de octubre de 1998 con efectividad a partir del 1° de diciembre de 1998 (fls 204), posteriormente solicito trasladarse a la AFP Old Mutual hoy AFP Skandia S.A el día 20 de junio de 2017 con efectividad a partir del 1° de agosto de 2017(fl.35)

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 adocinado, 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: certificado de egresado expedido por Porvenir, certificado ASOFONDOS SIAFP, relación de aportes, formulario de afiliación Porvenir y edicto emplazatorio diario El Tiempo. Old Mutual S.A. aportó: copia formulario de afiliación, historia laboral consolidada, derecho petición radicado por la demandante, copia estado de cuenta, historia laboral para bono pensional, copia respuesta con rad LC-1529 expedido por Old Mutual, relación de cursos y capacitaciones realizados por el asesor Fredy Viasus Espinosa

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 23 de octubre de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 23 de octubre de 1998, la demandante tenía 524 semanas (fl.150) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 18 de mayo de 1961 – fl 43) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, para el año 2018 podría haberse pensionado en el en el RPM (actualmente ha cotizado más de 1561 semanas), 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 Porvenir S.A. ni AFP Old Mutual S.A.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir SA y AFP Old Mutual S.A. en cuanto a la no devolución de 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 adocrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adocrinado 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 presentada por la AFP Porvenir S.A., y AFP Old Mutual S.A.

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Nancy Ardila Cortes** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir SA el 23 de octubre de 1998.

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 las apelante AFP Porvenir S.A., AFP Old Mutual S.A y Colpensiones, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte 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 diciembre de 2020 por el juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir SA, AFP Old Mutual y Colpensiones y a favor de la parte actora. Fijense 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.

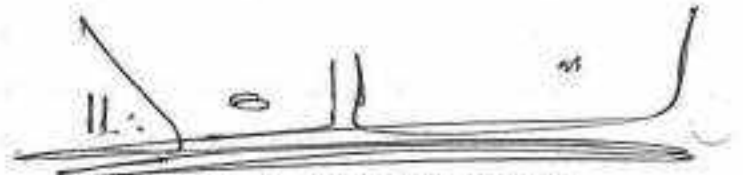
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502220180061901)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502220180061901)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502220180061901)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 17-2018-00535-01

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

DEMANDANTE: DORA INES BAZURTO ESPITIA

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PORVENIR SA Y COLPENSIONES) // 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 17° Laboral del Circuito de Bogotá el día 03 de junio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería al abogado Winderson José Moncada Ramírez con tarjeta profesional No.334.200 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.4)

La parte demandada Colpensiones (fls.4-6) y AFP Porvenir SA (fls.10-12) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de junio 22 de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Dora Ines Bazurto Espitia instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 18 (expediente digital), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar la nulidad de la vinculación de Dora Ines Bazurto Espitia al RAIS con la AFP Porvenir S.A.
2. Declarar que AFP Porvenir S.A. debe ordenar el traslado de Dora Ines Bazurto Espitia del RAIS al RPM.
3. Declarar que AFP Porvenir S.A. debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la demandante.
4. Declarar que AFP Porvenir S.A. debe reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales de la demandante.
5. Declarar que Colpensiones debe aceptar la vinculación de la demandante al RPM recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
6. Declarar que Colpensiones como consecuencia de la nulidad debe aceptar a la demandante en el RPM como si nunca hubiese existido un traslado de régimen pensional.
7. Declarar que AFP Provenir S.A. debe reconocer y pagar la suma de cincuenta (50) salarios mínimos de que trata el artículo 13 literal b y 271 de la ley 100 de 1993; como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional de la demandante.
8. Declarar que la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones deben reconocer las determinaciones asumidas por el despacho en su facultad ultra y extra petita.
9. Declarar que Colpensiones y AFP Porvenir S.A. deben ser condenadas en costas y agencias en derecho si se oponen a las pretensiones formuladas.
10. Condenar a AFP Porvenir S.A. a aceptar la nulidad de la afiliación de la vinculación de Dora Ines Bazurto Espitia al RAIS.

11. Condenar a AFP Porvenir S.A. a ordenar el retorno de Dora Ines Bazurto Espitia del RAIS al RPM.
12. Condenar a AFP Porvenir S.A. a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hallan consignado a la cuenta pensional de la demandante.
13. Condenar a AFP Porvenir S.A. a reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales de la demandante.
14. Condenar a Colpensiones a aceptar el retorno de la demandante al RPM, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
15. Condenar a Colpensiones como consecuencia de la nulidad a aceptar a la demandante en el RPM como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional.
16. Condenar a AFP Porvenir S.A. a reconocer y pagar la suma de cincuenta (50) salarios mínimos de que trata el artículo 13 literal b y 271 de la ley 100 de 1993; como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional de la demandante.
17. Condenar a AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones a reconocer las determinaciones asumidas por el despacho en sus facultades ultra y extra petita.
18. Condenar a Colpensiones y AFP Porvenir S.A. en costas y agencias en derecho si se oponen a las pretensiones formuladas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fis.40-57 expediente digital) y AFP Porvenir SA (fis.85-109 expediente digital) de acuerdo al auto del 12 de octubre de 2018, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito y de fondo.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 17° laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 3 de junio de 2021, **DECLARÓ** no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia. **DECLARÓ** que el traslado de la Sra. Dora Inés Bazurto Espitia identificada con la C.C. 35.489.238, al régimen de ahorro

individual con solidaridad RAIS, administrado por PORVENIR S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. **DECLARÓ** que la Sra. Bazurto Espitia se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, a cargo de Colpensiones, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación de la demandante sin solución de continuidad, según las razones expuestas. **ORDENÓ** a Porvenir S.A., como administradora de fondos de pensiones de la demandante, trasladar a Colpensiones, la totalidad de los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo, claro, las cotizaciones, los bonos pensionales, los rendimientos e intereses, tal como lo dispone el artículo 1746 del C.C., con los rendimientos y sin autorizar a Porvenir S.A., a efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio. **CONDENÓ** a Colpensiones, a recibir el traslado de fondos a favor de la demandante, que efectúe Porvenir S.A., y a convalidarlos en la historia laboral de la Demandante, según lo anotado en precedencia. **NEGÓ** la pretensión alusiva a condenar a Porvenir S.A., a pagar una multa a título de resarcimiento de perjuicios, según lo analizado. **CONDENÓ** en costas a Colpensiones y a Porvenir S.A. En firme la sentencia, por Secretaría, practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$900.000 M/Cte. **SOLICITÓ** la consulta de la sentencia con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial en las condiciones ya señaladas.

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:

Solicita a los señores Magistrados, que al existir un acto jurídico que versó de la voluntad de la demandante para dicho momento, se respete la voluntad de las partes y que se le dé el valor probatorio que merece este formulario de afiliación que la demandante suscribió, prueba con la que se cuenta que se demuestra el cumplimiento de los requisitos vigentes para dicho momento y por supuesto la voluntad expresa de la afiliada que entendía la importancia de este acto jurídico, de que era un traslado de Régimen y que ahora iba a estar vinculada con otra administradora de pensiones y por supuesto se sometía a todas las condiciones del Régimen de Ahorro Individual para ese momento, o todos los cambios que

podiera tener durante su vinculación e incluso también cuando se fuera a hacer efectivo su reconocimiento pensional.

Señala que el Juez de primera instancia, manifiesta que no se cuenta con las pruebas de que se haya brindado la asesoría, cumpliendo el deber de información exigido conforme a lo que ya se ha dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, pero téngase que esa situación como tal para el año 2001, no se encontraba reglada para dicho momento, o mejor, no se había consolidado el deber de información como está hoy en día. Dice que no existían obligaciones del deber de información que, a hoy si son exigibles y además que, las asesorías se desarrollaban de manera verbal. insiste en que la prueba del cumplimiento de la obligación y la única prueba que debe ser exigible es el formulario de afiliación que se firmó con consentimiento que demuestra por supuesto, la voluntad de la actora, que esta voluntad se mantuvo en el tiempo, demostrado con sus aportes y cotizaciones y que no puede pretenderse, o ser exigible el cumplimiento de obligaciones como por ejemplo el buen consejo cuando esta obligación no era exigible para dicho momento, o que se hubiera hecho un análisis particular de las condiciones de la actora para el momento del traslado, es obligación no estaba reglada para dicho momento e indica nuevamente que se realizaban las asesorías, se brindaba la información y ya era la voluntad de las personas si deseaban realizar este traslado firmando el formulario de afiliación.

Señala que, es claro que todos los afiliados tienen intrínsecos unos deberes, unas obligaciones, los cuales aquí la accionante incumplió durante todo este tiempo, ella debía actuar con una mediana diligencia, lo cual suponía por lo menos obtener esa información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, con mayor razón si esos datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esa decisión que estaba tomando para ese momento, pues estaban determinados en normas de común conocimiento como la ley 100 de 1993. Dice que no se puede pasar por alto que todo el tema pensional se encuentra en dicha ley y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no es excusa de conformidad con el artículo 9° del código civil, pues dicha falta de conocimiento no se puede evocar como pretexto para afectar de vicios el conocimiento.

Dice que se adhiere a lo que manifestó en los alegatos de conclusión en cuanto que, no es justo que se premie a la accionante con una ineficacia del traslado cuando nunca se preocupó por su estado pensional y cuando solo lo que busca con su traslado a Colpensiones es que se realice por ese beneficio económico o esa

mejor pensión que pudiera obtener en esa administradora, desconociendo todos los beneficios y todo lo que ha obtenido del fondo privado durante todo este tiempo durante su vinculación. La diferencia de las mesadas pensionales en los dos regímenes, este factor no debe ser considerado como suficiente para viciar la voluntad de la demandante y señalar que entonces Porvenir no cumplió con su deber exigido para dicho momento, porque situación fuera contraria, no se solicitaría una ineficacia cuando de pronto su pensión fuera superior en el fondo privado al fondo público, pues no se alegaría falta del deber de información.

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Solicita que en caso que los honorables Magistrados decidan confirmar la decisión, se absuelva a Porvenir de la condena a devolver gastos destinados a la administración y de la sumas que ha pagado por concepto de los seguros previsionales, que estuvo obligada a contratar y ello es así porque esta sumas correspondientes a los gastos, pues es claro que tienen un mandato legal, una destinación específica que cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual la demandante ha mantenido su vinculación con el Régimen de Ahorro Individual, de modo que esas sumas fueron debidamente invertidas en la forma que lo exige la ley y ya no se encuentran en poder de Porvenir porque fueron destinados a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta individual de la demandante, especialmente en el manejo de las inversiones que ha tenido durante todo este tiempo. Dice que es claro que en la cuenta de ahorro se verifican todos los rendimientos que se han obtenido hasta dicho momento. Manifiesta que tampoco es procedente que la administradora también deba restituir las sumas que pagó por concepto de primas de los seguros previsionales, por cuanto ya no están en su poder, sino en la compañía aseguradora que contrató para la cobertura del pago de las sumas adicionales, necesarias para financiar las prestaciones durante el tiempo de vinculación de la actora con Porvenir, por lo tanto esa cobertura que brindó dicha compañía, se hizo efectiva, y no es viable que también se deban restituir las sumas que sirvieron para que esa cobertura se presentara, con mayor razón si no cumpliría ningún objetivo en el Régimen de Prima Media cuando allí no existe la necesidad de contratar estos seguros previsionales.

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

NULIDAD Y/O INEFICACIA:

Expresa que el despacho al momento de dictar el fallo primeramente desconoce lo establecido en el *literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993*, donde establece que los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el Régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la elección inicial, estos solo podrán trasladarse de régimen por solo una vez cada cinco años, contados a partir de la selección inicial, después de un año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener el derecho a la pensión de vejez.

Denota la inconformidad, ya que según dice, es evidente que la accionante tal como lo dispuso en el interrogatorio de parte, duro 20 años afiliada al fondo privado RAIS y como lo indicó, siempre se sintió engañada, según su versión, durante esos 20 años sin hacer ningún tipo de trámite de traslado ante el fondo de Régimen de Prima Media que administra Colpensiones, dicha situación le sorprende porque prácticamente son 20 años de indiligencia por parte de la accionante y lo cual hizo posteriormente ya cuando estaba fuera del término para hacerlo.

Precisa que la demandante solicitó la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de Colpensiones, encontrándose afiliada al RAIS, tiempo para el cual se encontraba a menos de 10 años para acreditar la edad, para acceder a la pensión de vejez, de acuerdo a los parámetros establecidos a la ley 797 de 2003 y modificatoria de la ley de seguridad social integral del año 1993, incluyendo entonces que para esta data su situación ya se enmarcaba en la prohibición establecida en el *artículo 2 de la ley 797 de 2003*, por lo que acreditar el traslado entre el régimen en este momento es ilegal e improcedente.

Indica que la demandante manifestó la falta de información y también radica que no se le explicaron las ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual y debe precisarse que las características, condición y modalidades pensionales propias de este Régimen, están consignadas en el *artículo 59 y ss. de la ley 100 de 1993* norma que por ser de alcance nacional, impone de conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación en los términos del *artículo 11 del código civil*, por tanto no es dable alegar la ignorancia como excusa a voces de lo que prevé el artículo 9 de la codificación antes citadas.

Menciona que para atribuir al fondo privado la responsabilidad, este debe haber omitido una información al respecto, ya que este señalamiento lo hace la ley,

máxime cuando el demandante de manera voluntaria suscribió el formulario de afiliación el 10 de junio del 2001. El representante de Colpensiones manifiesta que comparte apelación, en el sentido de que, para el momento de realizar el llenado del formulario el 10 de junio del 2001, es evidente que para ese tiempo no se encontraban vigentes las normativas que establecen ahora en el momento para poder trasladarse a un fondo de régimen privado, la cual se le tiene que indicar claramente al afiliado, las condiciones que va a tener de pensión si se queda en el régimen privado como en el régimen de prima media.

Indica que es importante, que en caso de que se confirme la decisión, es importante ordenarle a Porvenir que se traslade la totalidad de los fondos tal como lo indico el señor Juez en una de sus cláusulas, incluyendo todos los rendimientos a Colpensiones. Demuestra su inconformidad con las costas a Colpensiones, ya que según dice, es claro que en el presente caso Colpensiones se sujetó al principio de legalidad simplemente negando el traslado por cuanto ya había vencido el término y también, con base al principio de buena fe, Colpensiones siempre actuó conforme a la ley y la buena fe. Considera que la condena en costas, no debe proceder en este caso para la administradora de pensiones Colpensiones.

Concluye solicitando que se revoque en toda y cada una de sus partes el fallo dictado en la audiencia, emitido por el Juzgado 17 Laboral del Circuito, se revoque la decisión y se mantenga incólume el traslado realizado por la demandante al fondo privado del año 2001.

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 **Dora Ines Bazurto Espitia** el día 10 de junio de 2001; **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.

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 S.A. el 10 de junio de 2001 con efectividad a partir del 1º de agosto de 2001 (fls 110 expediente digital).

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 continuó con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así

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

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

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

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

brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adocinado, 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 retomarse 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, estado de cuenta, relación histórica de movimiento, relación de aportes, formulario de afiliación Porvenir.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 10 de Junio 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 10 de junio de 2001, la demandante tenía 494,71 semanas (cc-35489238 "historia laboral.rar" archivo digital) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 24 de agosto de 1959 – fl 13) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría eventualmente haberse pensionado en el en el RPM (a noviembre de 2019 había cotizado más de 1441 semanas según el compute de la relación de aportes aportada por la demandada fl 129-144), 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 Porvenir S.A.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir SA en cuanto a la no devolución de 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 adocrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adocrinado 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 presentada por la AFP Porvenir S.A.

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL**

TRASLADO que realizó el señora **Dora Ines Bazurto Espitia** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir SA el 10 de junio 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 PRIMERA INSTANCIA:

El apoderado de la parte demandada Colpensiones presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia, considera que la condena en costas no debe proceder en este caso para la administradora de pensiones Colpensiones.

La Sala debe precisar, la imposición de costas no es automática, debe demostrarse su causación, las etapas procesales y los argumentos del A Quo que lo llevan a tomar la determinación de fijar costas, numeral 8 del art 365 C.G.P. "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

Así bien, frente a las costas del proceso el A Quo sustentó condenar en costas a Colpensiones porque considero que se causaron, por lo anterior no se encuentra contradicción alguna con la normativa del Código General del Proceso.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelante AFP Porvenir SA y Colpensiones, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte 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 03 de junio de 2021 por el juzgado 17° 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. Fijense 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. 11001310501720180053501)


DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501720180053501)

Aclaro voto!


ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310501720180053501)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 32-2019-00477-01

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

DEMANDANTE: ALICIA CLEVES HUERGO

DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLFONDOS SA)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Colfondos S.A.) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada Colpensiones (fls. 5-7), así como de Colfondos S.A. (fl. 8 a 11) presentaron 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) Alicia Cleves Huergo instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones y AFP Colfondos SA,

debidamente sustentada como aparece a folios 2 (expediente digital) y a folios 46 en subsanación de demanda con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES:

1. Se declare la nulidad del traslado de la demandante del RPM al RAIS solicitado por primera vez el 17 de febrero de 1998.
2. Se declare, producto de la nulidad decretada, el traslado anteriormente indicado debe considerarse como ineficaz y por lo mismo debe tratarse como si nunca hubiera existido.
3. Se declare que la demandante queda válidamente asignada a partir de la fecha al RPM administrado actualmente por Colpensiones.
4. Se ordene a Colpensiones mantener a la demandante en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento del traslado inicial del RPM al RAIS.
5. Se ordene a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones los aportes efectuados al RAIS por la demandante desde mayo de 2000 hasta enero de 2013, junto con los rendimientos financieros, así como el valor descontado por concepto de administración.
6. Se ordene a Colfondos S.A. a devolver a la demandante los aportes efectuados al RAIS desde febrero de 2013, hasta el último aporte que haya realizado con posterioridad a dicha fecha, junto con los rendimientos financieros, así como el valor descontado por concepto de administración.
7. Se ordene a Colfondos S.A. remitir a Colpensiones toda la información necesaria para que esta actualice la historia laboral de la demandante en lo pertinente.
8. Se ordene a Colpensiones actualizar la historia laboral de la demandante, incluyendo los aportes efectuados por la afiliada a pensiones desde mayo de 2000, a enero de 2013, inclusive.
9. Se ordene a Colpensiones que reconozca y ordene pagar pensión de vejez a favor de la demandante, a partir de febrero de 2013, con base en el 90% del promedio de los salarios cotizados.
10. Se condene a Colfondos a indemnizar a Alicia Cleves Huergo en los perjuicios que le hubiere podido ocasionar.
11. Se condene a Colfondos y Colpensiones al pago de las costas y gastos que genere el presente proceso, en el evento que se opongan a las pretensiones de la demanda.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls. 56 a 75), AFP Colfondos S.A (fls. 104-113), de acuerdo al auto del 13 de agosto de 2019. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 32 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 18 de marzo de 2021. **DECLARO** probadas las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida formulada por Colpensiones, y de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad formulada por Colfondos, conforme las consideraciones expuestas. **CONDENÓ** a la demandada Colfondos S.A. a pagar a la demandante Alicia Cleves Huergo la suma de Doscientos Cuarenta Y Cinco Millones Ciento Veintidós Mil Cuatrocientos Noventa y Cuatro Pesos M/Cte (\$245.122.494.00) por concepto de indemnización por los perjuicios causados a la demandante con ocasión al traslado de régimen, suma que deberá ser indexada desde la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez hasta el momento de su pago definitivo. **ABSOLVIÓ** a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y a la demandada Colfondos S.A. de las demás pretensiones que se formularon contra ella. **CONDENÓ** en costas a la demandada Colfondos S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a ocho (08) smimv. Sin costas respecto de Colpensiones.

En síntesis, refirió el *A Quo*, que si bien la condición de pensionado es un estado consolidado por cuanto no es posible retrotraer tal situación, se acreditó en el proceso que el fondo no cumplió con el deber de información y por ende, siendo la actora beneficiaria del régimen de transición, pudo haber obtenido su pensión de vejez en unas condiciones mejores según lo estipula la ley 100 de 1993, de tal manera que al promoverse el traslado de régimen, se le privó de haber obtenido los respectivos beneficios, que si bien es cierto en el RAIS una de sus características es optar por una pensión en cualquier edad, también es cierto que para pensionarse en dicho régimen hay que cumplir unos requisitos, que no le fueron expuestos a la

demandante, lo que conllevó al desconocimiento de las características de cada uno de los regímenes pensionales, lo cual promovió su decisión, y hace finalmente que hubiese estado viciada su decisión por la falta de un consentimiento informado.

Sustenta que según los cálculos actuariales del despacho, se determinó que el ingreso base de liquidación de la demandante de toda la vida laboral al año 2017 corresponde a \$1,679.129 con tasa de remplazo del 90% como quiera que cotizó 1495.43 semanas, por cuanto dio una mesada pensional al año 2017 de \$1'511.216, y que, con el IBL, a los diez últimos diez años conforme al art 21 de la ley 100 de 1993 es de \$1'997.678, aplicando una tasa del 40% daría una primera mesada para el año 2017 de \$1'097.910, atendiendo que la fecha de reconocimiento de pensión fue el 01 agosto de 2017 y que la esperanza de vida para las mujeres para el año 2017 era de 79.69 años de edad, la esperanza de vida de la demandante daría hasta el 22 de octubre del año 2037, tendría un total de 262.73 mesadas pensionales.

Aduce que, como quiera que a la demandante le fue reconocido su mesada sobre un salario mínimo legal mensual vigente que para el año 2017y que ascendía a \$737.717 la diferencia entre la mesada pensional reconocida y la mesada que le correspondería en el RPM de \$1'060.193 sobre ello, el despacho descuenta el aporte de salud el 12%, en total se tendría un detrimento mensual de \$932.970 multiplicado por las 262.73 semanas, daría en total un perjuicio a la fecha de la esperanza de vida de \$245'122.494, y que ya que los perjuicios se calcularon para el año 2017, deberá hacerse el pago aplicando la indexación del monto.

RECURSO DE APELACIÓN

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

REPARACIÓN O INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS:

Presenta recurso de apelación en contra de la sentencia dictada, manifiesta el apelante que, si bien es cierto que en la sentencia SL 373 de 21 de febrero de 2021, sobre el tema de la reparación o indemnización cuando se ha causado perjuicios, también se tiene en cuenta que la corte ha manifestado que se tendrían que demostrar tales perjuicios. Manifiesta que si bien es cierto que en el caso la demandante no prueba cual fue realmente el daño o el perjuicio causado puesto que atendiendo el artículo 2341 del código civil se establece como daño el elemento esencial de la responsabilidad civil en lo que se ha conocido como la cláusula general de la responsabilidad, que con las reservas que se quiera, se denote la obligación de indemnizar por la generación injusta de un daño a otro.

Manifiesta que el daño debe ser cierto, el daño no debe ser hipotético o eventual y debe generar un detrimento patrimonial en la persona.

Resalta que no es dable indemnizar meras expectativas, y no se puede pretender un perjuicio cuando sus actos fueron la causa eficiente del supuesto de hecho generador del perjuicio. Dice que si la demandante conocía y sabía cuál era el valor a pensionarse en el momento de la notificación, era la causa eficiente del supuesto de hecho generador del perjuicio porque ella conocía, es decir pretendió obtener un dinero en este tiempo mientras ya tenían presupuestado iniciar la demanda. Eso es pretender un lucro por actos propios.

Aduce que para que una conducta voluntaria origine un daño entre ambos extremos debe existir una relación causal adecuada e idónea. Si esta relación no existe, mal puede afirmarse que el daño es consecuencia de la persona, o siquiera que existe algún daño por reparar. Se integra entonces el contenido de la antijuricidad, junto con el daño en la relación causal entre hechos que debe existir de tal manera que sin daño no hay culpa, y sin relación causal no hay daño. Por cuanto a la relación o nexo causal, éste es esencial para determinar la imputación del daño derivado de una conducta.

En cuanto a la culpa expresa que conforme a la doctrina aceptada por la sala de casación civil de la CSJ citada por el doctor Santos Ballesteros, en su obra responsabilidad civil tomo 1, la culpa es un error en la conducta en la que no se habría incurrido en un individuo diligente y juicioso situado en las mismas condiciones y circunstancias externas que el autor. Por otro lado señala que conforme al artículo 25 del código procesal del trabajo y la seguridad social cuando en la demanda se pretendió el resarcimiento de perjuicios, se debía demostrar causa – daño, ganancia o provecho que ha dejado de reportarse, sumado a lo anterior de conformidad con el artículo 145 del código procesal del trabajo y la seguridad social a falta de normas aplicables es posible la aplicación de analogía, por lo tanto para que prospere esta indemnización de perjuicios de la parte actora debe procederse a la tasación de los mismos de conformidad con el artículo 206 del código de trabajo y la seguridad social que exige que debe ser un estimado razonable bajo juramento en la demanda y discriminando cada uno de los conceptos. Se debe recordar que para que se impute la responsabilidad de una persona, independientemente de su naturaleza debe configurar los tres elementos, el daño la culpa y la relación o nexo causal. Con lo cual si falta uno de estos pues no existe juicio de reproche que genere la obligación de reparar.

Dice que de acuerdo a lo anterior, no existe justificación legal alguna para que haya cabida al pago de estos perjuicios, como tampoco cabida al pago de las costas teniendo que Colfondos actuó siempre de buena fe pues nunca se le negó información a la demandante. Dice que la demandante manifiesta haberse acercado a un punto de Colfondos y que le informaron o le hicieron una proyección, esta proyección debería haber quedado por escrito y si no la tiene por escrito tampoco quiere decir que se haya efectuado. Por lo tanto es una mera expectativa o una mera presunción que presenta la demandante. Por lo tanto no hay como comprobarlo de que ella haya recibido o no esta información. Si no está esta información probada, no está este nexo probado no hay perjuicios que resarcir porque los

hechos se deben a una actuación o un perjuicio generado propiamente por su causa, y sus causas fueron que ella aceptó, de manera libre y voluntaria, inicialmente el traslado y segundo ratificó su deseo de pertenecer al RAIS, recibió la mesada, antes de verificar la notificación miró y observó que tenía un valor diferente al que le habían dado y con todo y esto aceptó y suscribió las notificaciones con un salario mínimo aceptando ese valor.

Dice que por lo tanto ni siquiera se probó que haya habido engaño, como tampoco se probó que la señora haya decidido tomar otra decisión y ella fue quien generó el propio daño. Por lo tanto no hay daños que resarcir y por tanto se oponen en la totalidad de la sentencia y solicita al Tribunal que se revoque la misma, pues expresa que fue la misma demandante quien generó su propio daño, por lo tanto se rompe el nexo causal, y por tanto no existen perjuicios a reparar.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es o no procedente la reparación de daños y perjuicios a causa del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el (la) señor (a) Alicia Cleves Huergo el día 28 de abril de 2000.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos SA, el 28 de abril de 2000 (fl.125 expediente digital) y que Colfondos SA, administradora a la que actualmente se encuentra afiliada la aquí demandante, le reconoció pensión por vejez anticipada a partir del 8 de enero de 2017, bajo la modalidad de retiro programado, en cuantía equivalente al SMLMV.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó expediente administrativo de la demandante, AFP Colfondos SA aportó: certificado de existencia y representación legal, artículo diario El Tiempo, historial SIAFP, solicitud de vinculación, reporte de pagos de pensión por estado de fecha 21/10/19, estado actual de la cuenta de ahorro individual, formato de solicitud de pensión, oficio de fecha 10 de agosto de 2017, oficio de 2 de noviembre de 2017.

No obstante lo anterior, no puede perderse de vista que mediante documental visible a folio 134 del expediente digital, la AFP Colfondos SA, administradora a la que actualmente se encuentra afiliada la aquí demandante, le reconoció pensión por vejez anticipada a partir del 8 de enero de 2017, bajo la modalidad de retiro programado, en cuantía equivalente al SMLMV.

REPARACIÓN INTEGRAL

Ahora bien, vale la pena reiterar el reciente pronunciamiento proferido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373 con Rad. 84475 del 10 de febrero de 2021, en donde adoctrinó:

La Corte, ha dicho que "... la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones..."

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

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

Ahora bien, frente al nexo causal para el resarcimiento de perjuicios, es claro que, el trámite efectuado por la actora para el traslado de régimen, se encuentra directamente relacionado con la omisión de información veraz y oportuna que debió suministrar el fondo privado al momento del traslado, por cuanto por esa causa, resultó perjudicada la actora frente a la mesada pensional, ya que si la demandante hubiese recibido la información exigida en la Ley, esta habría sido demostrada de forma documental o testimonial por el fondo demandado.

Ahora bien, al tener ya consolidado y reconocido su derecho pensional en el RAIS, no es posible revertir esta situación como lo sustentó nuestro Tribunal de cierre, pero tampoco desestima que la demandante pueda demostrar que sí tuvo un detrimento patrimonial considerable, pues su mesada pensional, según los aportes realizados en la AFP Colfondos S.A., es muy inferior a la que hubiese recibido de haber estado en el RPM, como se puede observar a folios 21 a 23 del expediente digital, en el cual se observa que, el salario base de cotización sobre el cual realizó los aportes, desde octubre del 2007 hasta junio del 2017, fueron superiores a los 2 SMLMV.

Por lo tanto, no se equivocó el A Quo al considerar prudente la indemnización de perjuicios en favor de la demandante, teniendo en cuenta el sustento de la línea jurisprudencial establecida por nuestro tribunal de cierre.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Es de anotar que el derecho pensional nunca prescribe. Además, en el evento en estudio, por tratarse de nulidad de traslado del RPM al RAIS, y al haberse reconocido la pensión desde el año 2017 en el RAIS, tampoco es posible hablar de un derecho prescrito al haber procedido a la reclamación sobre la nulidad del reconocimiento de la pensión dentro del término dispuesto por la Ley; conforme el Art. 488 CST y el Art. 151 CPTSS, esto es, 3 años contados desde que la obligación se hizo exigible.

En ese orden, el fenómeno prescriptivo no prospera, debido a que se interrumpió mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes a la causación del derecho y que radicó la respectiva demanda en ese mismo tiempo, precisando en todo caso que la excepción de prescripción comenzó a correr a partir del 2 de noviembre de 2017 (fl. 16 expediente digital), fecha en que le reconoció la prestación, que la actora solicitó la nulidad de traslado el 7 de junio de 2019 ante el Fondo de Pensiones Colfondos S.A. (fls. 30 a 33 a expediente digital) y el 12 de junio ante Colpensiones (fls. 26 a 29), y ante su negativa promovió demanda el 10 de julio de 2019 (fl. 13 expediente digital), concluyendo entonces que no dejó transcurrir el límite de 3 años otorgados por la normatividad laboral en comento, lo que acarrea como consecuencia la no configuración del fenómeno prescriptivo establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS.

Por las razones expuestas, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR PRÓBADA** la excepción de inexistencia del

derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida y **CONDENAR** a la demandada Colfondos S.A. a pagar a la demandante la indemnización por perjuicios causados.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA: Por resultar desfavorable el recurso al apelante AFP Colfondos SA, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte 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 18 de marzo de 2021 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá,

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503220190047701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503220190047701)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503220190047701)





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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 35-2017-00807-01

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

DEMANDANTE: CLAUDIA ALICIA GUERRERO GARCIA

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
AFP PROTECCIÓN SA**

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el día 09 de marzo 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 Leidy Carolina Fuentes Suarez con tarjeta profesional No.246554 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl17)

El apoderado de la demandante (fl.5) y las demandadas AFP Protección S.A (fls.8-9) AFP Porvenir SA (fls11-14) Colpensiones (fls.15-17), presentaron 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) Claudia Alicia Guerrero Garcia instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a

folios 3 ("2017-807 expediente consolidado.pdf") con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad de la afiliación en pensión realizada por la señora Claudia Alicia Guerrero García al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la vinculación efectuada a la A.F.P. Porvenir S.A., para el mes de septiembre de 1996, por el incumplimiento de los deberes legales de información a la demandante, los cuales generaron un error de hecho que vicio su consentimiento.
2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad determinar que todas las afiliaciones posteriores que hubiere efectuado la demandante en el RAIS carecen de validez jurídica.
3. Se declare que la señora Claudia Alicia Guerrero García, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.
4. Se condene a la A.F.P. Porvenir S.A. a registrar en el sistema de información que la Afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de la señora Claudia Alicia Guerrero García, estuvo viciada de nulidad por error de hecho que vicio el consentimiento.
5. Se condene a la A.F.P. Porvenir S.A., a registrar en el sistema de información de los fondos privados que la afiliación de la señora Claudia Alicia Guerrero García al régimen de ahorro individual con solidaridad estuvo viciada de nulidad por error de hecho.
6. Se condene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Porvenir S.A., como la administradora de pensiones actual en la que se encuentra afiliado La demandante, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos a que hubiere lugar.
7. Se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a activar la afiliación en pensión de la señora Claudia Alicia Guerrero García, identificada con C.C. No 41.798.211.
8. Se condene a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones a actualizar en la historia laboral de la señora Claudia Alicia Guerrero García las cotizaciones efectuadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
9. Se condene a la parte demandada sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.

10. Se condene a la parte demandada al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fl.113 "2017-807 expediente consolidado.pdf") AFP Porvenir SA (fl.134 "2017-807 expediente consolidado.pdf") de acuerdo al Auto del 8 de marzo de 2018. Contestó la demanda AFP Protección SA (fl.237 "2017-807 expediente consolidado.pdf") vinculada en calidad de litisconsorcio necesario mediante auto del 12 de febrero de 2020. Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 35 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 09 de marzo de 2021, **ABSOLVIÓ** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante Claudia Alicia Guerrero García. **CONDENÓ** en costas a la demandante Claudia Alicia Guerrero García. Señaló como agencias en derecho a su cargo la suma de \$50.000 para cada uno de los fondos de pensiones demandados, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas. **REMITIÓ** en grado jurisdiccional de consulta en caso de no apelarse la decisión.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Solicita que se evalúe el precedente jurisprudencial fijado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, esto contenido en las sentencias radicado 31314, radicado 31989, radicado 33083 del 2011, 46292 del 2014, la SL 19447 del 2017, SL 17595 del 2017, a través de las cuales la Corte Suprema de Justicia ha establecido de forma pacífica que cuando se debate la ineficacia del traslado de Régimen, como es el caso de la demandante, en primer lugar les corresponde a las AFP demandadas demostrar y probar que si asesoraron de manera completa, adecuada y suficiente, indicando beneficios e inconvenientes a los posibles afiliados.

Menciona que el señor Juez manifiesta que él si está de acuerdo en la aplicación de estas sentencias, en la carga de la prueba que se invierte, y que los que tienen que probar son los fondos probados de que sí existe una debida asesoría, pero el

Juez manifiesta que la demandante al momento de preguntársele si fue inducida por parte de su empresa, ella manifiesta que sí, que fue con Horizonte cuando la empresa les manifestó que se debían trasladar por unas políticas de empresa, cuando ella dice Horizonte, Horizonte fue en el año 2001, cuando a ella se le pregunta por Colmena en el año 1996, es muy diferente.

Aduce que el Juez interpretó mal la respuesta y que está dentro del audio, por lo cual se puede escuchar en el Tribunal. Está muy claro. Cuando a la demandante le preguntan del año 1996, ella habla de Colmena y en Colmena dice: *"me dijeron que el Seguro Social se iba a acabar que, si me trasladaba al Fondo Privado, me iban a dar una pensión si quiera igual a la que podría tener o inclusive mejor a la del ISS"*

La demandante nunca dice que la empresa fue la que la indujo o que la llevó, ella dice *"la información que me dieron en el año 1996, fue esta"* sostiene que la demandante manifestó que en el año 2001 se trasladó por políticas de empresa, que le dijeron que había unos beneficios y ahí es cuando se traslada, e inclusive ahí es cuando empieza a hacer estos aportes voluntarios para una exención de impuestos.

Manifiesta que se está confundiendo lo dicho por la demandante y que eso está muy claro dentro del audio, pues ella nunca dijo que en el año 1996 la había inducido por parte de la empresa, que la empresa si había dejado ingresar a Colmena y Colmena le había dado la asesoría precaria que le dio, que tardó 10 minutos.

En la última pregunta, cuando el Juez la interroga, vuelve y le pregunta: *"entonces, ¿y la afiliación que usted suscribió?"* Ella dice: *"sí, en Horizonte"* y Horizonte es hoy en día Porvenir. Entonces se interpretó mal lo que la demandante dijo en su interrogatorio.

Apela que cuando la indujeron en ese traslado no es el que se debe anular, el que se está solicitando que se anule es el del año 1996 y, por consiguiente, los traslados que se hayan realizado posteriormente. Solicita a los señores Magistrados revisen el interrogatorio en la taxatividad de la demandante pues está muy claro en cada una de las preguntas y respuestas que se hicieron, ella dice Horizonte y en el otro dice Colmena, Horizonte es año 2001 y está muy claro y 1996 es Colmena. Entonces hay una mala interpretación de lo que dijo la demandante por parte del Juez 35 y mal calificada, por tal razón se le debe dar aplicación al precedente judicial.

Adicionalmente solicita tener en cuenta las sentencias SL 4664 del 2018, SL 4689 del 2018, SL 3981 del 2018, SL1421 del 2019, SL 1452 del 2019, SL 1361 del 2019, SL 1689 del 2019, SL 65791 del 2019 y las demás Sentencias que han salido en

2020 y 2021, en el entendido en que son aplicables en su totalidad al caso que ocupa.

Solicita al Tribunal se proceda a revocar la Sentencia emitida por el Juez 35, en hora y fecha señaladas y se proceda a acceder a las pretensiones de la demanda.

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 Colmena hoy AFP Protección S.A. efectuado por el (la) señora Claudia Alicia Guerrero García el día 23 de julio de 1996; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colmena hoy AFP Protección SA el 23 de julio de 1996 con efectividad a partir del 1° de septiembre de 1996 (folio 170 "2017-807 expediente consolidado.pdf"), posteriormente solicito trasladarse a AFP Horizonte hoy AFP Porvenir SA el día 12 de octubre de 2001 con efectividad a partir del 1° de diciembre de 2001 (folio 170 "2017-807 expediente consolidado.pdf"), 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 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 adocinado, 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: certificado de afiliación, formulario de afiliación suscrito con Horizonte S.A., copia del certificado ASOFONDOS SIAFP, relación aportes Porvenir, relación historia laboral e historia laboral válida para bono pensional, edicto emplazatorio El Tiempo AFP Protección SA aportó: movimientos cuenta de ahorro individual con rendimientos, Historial de vinculaciones SIAFP, formulario afiliación a Colmena 1996, concepto Superintendencia Financiera No 2015123910-002, comunicado de prensa año de gracia.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 23 de julio 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.

Ahora bien, frente al interrogatorio rendido por la actora, el *A Quo* se equivoca al intentar desentrañar una confesión inexistente, toda vez que, si la demandante hubiese recibido la información exigida en la Ley, esta habría sido demostrada de forma documental ostensiblemente por el fondo demandado.

Claramente para el momento del traslado 23 de julio de 1996, la demandante tenía 489 semanas (fl.37 "2017-807 expediente consolidado.pdf") por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años, (nació el 26 de julio de 1959 – fl.36 "2017-807 expediente consolidado.pdf") y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el 2016 en el RPM (a marzo de 2017 había cotizado más de 1504 semanas fl 37), 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 Protección S.A. ni AFP Porvenir S.A.

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 **Claudia Alicia Guerrero García** de la ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colmena hoy AFP Protección S.A. el día 23 de julio de 1996 con efectividad a partir del 1 de septiembre de 1996, así mismo en la que solicito el traslado a la AFP Horizonte S.A. hoy AFP Porvenir S.A. el día 12 de octubre de 2001 con efectividad a partir del 1 de diciembre de 2001 (folio 170 "2017-807 expediente consolidado.pdf"); en consecuencia se procederá a 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.

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 9 de marzo de 2021 por el Juzgado 35 laboral del circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Claudia Alicia Guerrero Garcia** de la ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colmena hoy AFP Protección SA el día 23 de julio de 1996 con efectividad a partir del 1 de septiembre de 1996, así mismo en la que solicito el traslado a la AFP Horizonte S.A. hoy AFP Porvenir S.A. el día 12 de octubre de 2001 con efectividad a partir del 1 de diciembre de 2001; 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. 11001310503520170080701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503520170080701)

Aclaró voto



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503520170080701)



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 33-2018-00600-01

Bogotá D.C., agosto treinta y uno (31) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: JORGE EDUARDO AYALA ESLAVA

**DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
AFP COLFONDOS SA
AFP OLD MUTUAL SA
COLPENSIONES**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR SA, OLD MUTUAL 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, Old Mutual S.A. y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 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 al abogado Iván Dario Blanco Rojas con tarjeta profesional No. 205.113 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.262)

La parte demandante (fl265) y la parte demandada Colpensiones (fls.260) presentaron 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) Jorge Eduardo Ayala Eslava instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Colfondos S.A., AFP Porvenir SA, AFP Old Mutual S.A. y la administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 1 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare que AFP Colfondos S.A. omitió proporcionar información cierta, real, suficiente, determinante y oportuna al señor Jorge Eduardo Ayala Eslava, al momento de trasladarse (enero de 1996) del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones.
2. Se declare que AFP Colfondos indujo en error por vía de hecho al señor Jorge Eduardo Ayala Eslava, al momento de trasladarse del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, y por consiguiente vicio su consentimiento al momento de decidir trasladarse del RPM
3. Se declare que AFP Porvenir S.A. suministro información errónea e incompleta al momento de la afiliación.
4. Se declare que AFP Porvenir S.A. indujo en error por vía de hecho y vicio su libertad informada al demandante cuando se encontraba a menos de diez (10) años para pensionarse.
5. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare la nulidad de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, del señor Jorge Eduardo Ayala Eslava, realizado el 1 de enero de 1996 por AFP Colfondos S.A.
6. Que se declare que el señor Jorge Eduardo Ayala Eslava, nunca se trasladó válidamente del RPM y por lo tanto se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones.
7. Se declare que AFP Old Mutual S.A. debe realizar el traslado inmediato de todos los dineros y sus rendimientos depositados en la cuenta individual del señor Jorge Eduardo Ayala Eslava al RPM administrado por Colpensiones.

8. Que se declare que el detrimento económico mensual que sufrirá la mesada pensional del señor Jorge Eduardo Ayala Eslava, es de \$4.698.235, es decir que en un año su patrimonio económica se va a ver afectado en \$61.077.055
9. Que se disponga el regreso automático del señor Jorge Eduardo Ayala Eslava como afiliado al RPM administrado por Colpensiones.
10. Que se Condene a AFP Old Mutual S.A. a trasladar los dineros y sus rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual del señor Jorge Eduardo Ayala Eslava a Colpensiones.
11. Que se ordene a la AFP Old Mutual S.A. para que el traslado de los dineros y rendimientos se haga sin descontar valor alguno por gastos de administración o cualquier otro.
12. Que se aplique el precedente jurisprudencial señalado dentro de la presente demanda, de conformidad con lo establecido en los artículos 7, 25, 42, numeral 6, 7, 35 inciso 3, 78, y 351 del C.G.P.
13. Se condene a los derechos que resulten probados, conforme a las facultades para decidir de manera extra y ultra petita.
14. Se condene al pago de costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda Colpensiones (fl 114) AFP Colfondos S.A. (fls 144), AFP Porvenir SA (fl 178) y AFP Old Mutual S.A. (fl 209) de acuerdo al auto del 14 de diciembre de 2018. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de fondo y de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 21 de abril de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado al RAIS y con esto la afiliación realizada a Jorge Eduardo Ayala Eslava, identificado con la cedula de ciudadanía No. 79.272.060, el 14 de diciembre de 1995, con efectos a partir del 1° de enero de 1996 a Colfondos S.A. **DECLARÓ** que Jorge Eduardo Ayala Eslava actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al RPM administrado por Colpensiones. **ORDENÓ** a la AFP Old Mutual S.A., hoy AFP Skandia S.A. realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de Jorge Eduardo Ayala

Eslava, junto con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir el traslado de las sumas antes descritas, así como la activación de la afiliación de Jorge Eduardo Ayala Eslava al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante. **CONDENÓ** a Old Mutual, hoy Skandia, Porvenir y Colfondos a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración al RPM administrado por Colpensiones, de manera proporcional al tiempo que el demandante estuvo afiliado en cada una de ellas. **DECLARÓ** no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción, y demás presentadas por las demandadas. **CONDENÓ** en costas a cargo de las demandadas Colfondos y Skandia, fijándose como agencias en derecho la suma de dos (2) SMLMV para cada una de ellas, y a favor de la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

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

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Interpone recurso de apelación, en el punto relativo a la condena en gastos de administración, manifiesta que la misma no es procedente en cuanto a la proporción del tiempo que el demandante perteneció al fondo privado Porvenir S.A, sustenta que no se debe ordenar la devolución de lo que la AFP descontó por comisión debidamente efectuada, pues se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

Menciona que si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior en estricto sentido, se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y, por ende, no debió Porvenir SA administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración. Sin embargo, el artículo 1746 del código civil habla de las obligaciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras,

por eso los frutos y las mejoras que obtuvo el demandado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de la AFP y el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración, la cual debe conservarse si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

Manifiesta que se puede hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse, sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que se hubiesen dado o recibido, se llegaría a la conclusión de que el afiliado debe de regresar los rendimientos de su cuenta a la AFP, y esta última, la respectiva comisión de administración al afiliado.

Hace énfasis en el pronunciamiento establecido en la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral con radicado 029 de 2018 387 del 04 de septiembre de 2020 Magistrado Ponente Lorenzo Torres Russi, donde se decidió en el punto 11 y 12 de la respectiva sentencia, declarar que el acto de afiliación determina la forma de financiamiento de la pensión y no de su monto, razón por la cual no involucra un derecho subjetivo del afiliado sobre este último. En el punto 2 se establece declarar que el deber de información está sometido en su contenido a las normas vigentes al momento que se realizó la respectiva afiliación del régimen pensional y no pueden aplicarse normas posteriores en virtud del principio de retroactividad de la ley.

Resalta que, en el desarrollo de la respectiva audiencia, se indujo al demandante en error, en el sentido de establecer que en el fondo privado iba a tener una mesada superior al régimen de ahorro individual administrado por Colpensiones, haciendo referencia a lo que tiene que ver con Porvenir, para la fecha en la cual se produjo esa afiliación al fondo privado, pide recordar que no existía la obligación de presentar proyecciones pensionales a los afiliados, respecto a los que sería el monto de la pensión al momento de ostentar la misma y de adquirir su derecho.

Con base en lo anterior solicita sea revocado el punto relativo a los gastos de administración apelados en esta instancia procesal.

La parte demandada (Old Mutual hoy AFP Skandia S.A.) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Formula recurso de apelación en contra de la sentencia, en lo que respecta a la devolución de gastos de administración y seguro previsional por parte de SKANDIA Pensiones Y Cesantías, atendiendo a los siguientes puntos.

En primer lugar, solicita que se tenga en cuenta que dichos gastos no se hacen como un capricho por parte de las administradoras de fondos de pensiones, en especial, en este caso por SKANDIA, sino que se trata del cumplimiento de las normas previamente establecidas en la ley 100 de 1993, es por esto que en el artículo 20 de la norma previamente citada, se determina que por una parte los gastos de administración van a tener la finalidad de, por un lado generar los rendimientos y el manejo que se debe como un gasto ocasional relacionado a la cuenta de ahorro individual del demandante y por otro lado, al pago del seguro previsional respecto al cual el señor Jorge Eduardo Ayala, estuvo afiliado desde el momento de la afiliación con Skandia Pensiones Y Cesantías S.A.

Manifiesta que en ese sentido, es claro que la devolución de esos dineros a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, generaría un enriquecimiento ilícito con ocasión de estos dineros, pues como lo menciona previamente Skandia no los gasta de una manera caprichosa, sino que se trata del cumplimiento de un deber legal.

Menciona también que del interrogatorio de parte, es claro que el demandante en este caso manifestó que Skandia Pensiones y Cesantías S.A, cumplió con los deberes, no solo de información sino de asesoramiento posterior a la vigencia de su afiliación y por tanto los deberes, y no debería ser castigado con una devolución de dichos dineros, más aún, cuando se puede apreciar en el estado de la cuenta individual del demandante que los aportes que el realizaba generaban unos rendimientos.

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

NULIDAD Y/O INEFICACIA:

Solicita al señor Juez recurso de apelación para que sea resuelto por los honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá con la finalidad de que se revoque de

manera parcial el fallo proferido en esa instancia y en lo que tiene que ver solamente con la declaratoria de la nulidad o ineficacia de la afiliación.

Menciona que, lo que tiene que ver con la legitimación de la causa para interponer dicho recurso, toda vez que no hay una condena directa en contra Colpensiones, solamente el señor Juez resalta sobre realizar aquellas gestiones tendientes a determinar un grado de afectación económica o un detrimento económico que se pueda causar dentro de la entidad y adicional las tasaciones tendientes para ese cobro ante los fondos privados.

Sin embargo manifiesta que estas son sumas o dineros que no se pueden proyectar en este momento por parte de Colpensiones, solo porque a futuro se ha de saber si se afecta o no la entidad y no se puede saber porque no se conoce hoy en día si el ahorro o el aporte realizado por el demandante, ya sea en el Régimen de Prima Media o en el RAIS, alcance a cubrir la prestación que se vaya a reconocer a futuro, por ejemplo, si el demandante supera con creces la expectativa de vida sería una situación que llevaría a un detrimento patrimonial a Colpensiones porque no se alcanzó a realizar las proyecciones o a planear dicha pensión con anticipación.

En lo que tiene que ver con la sustentación del recurso, dice que básicamente es la inconformidad con la tesis del Despacho en cuanto a las afirmaciones indeterminadas y al acogimiento de la línea jurisprudencial de Corte Suprema de Justicia para reinvertir la carga de la prueba, estando en cabeza de los fondos privados, solo porque según el apoderado solamente se puede acoger esta interpretación cuando hay afiliados que tenían unas expectativas legítimas que se encontraban en el régimen de transición, que estuvieran próximos al cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento pensional y además de esto, que con este traslado se hubiese afectado de manera grave su derecho pensional y solo se puede acoger bajo estas específicas condiciones, dado que la Corte Suprema le da es una mayor protección pero a aquellos afiliados que se pudieran ver afectados de una manera grave en su derecho pensional o que este estuviese en peligro.

Dice que hay una desproporcionalidad probatoria en el sentido en que no sería viable que, con la sola manifestación por parte del demandante sobre un hecho, este se diera por cierto y no se diera la carga de demostrar la existencia de este, y se le corra lo que es la carga desproporcionada a las demandadas.

Sustenta que el encargado de demostrar la situación es quien la está aduciendo, en este caso manifiesta que quien debe probar es el demandante, y que si se revisa el acervo probatorio que reposa en el expediente, más las pruebas que se surtieron

en el interrogatorio de parte, se puede ver que el formulario de afiliación y de traslado, se firmó de una manera voluntaria y libre y de una manera consciente también. Por lo tanto y aparte que hubo un traslado válido, se continuó realizando aportes por parte del demandante y se hizo unos traslados horizontales que convalidan la afiliación.

Por lo anterior, solicita a la Sala, revocar lo que tiene que ver con la nulidad e ineficacia de la afiliación del fallo proferido en primera instancia y se absuelva a las demandadas de las pretensiones.

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) **Jorge Eduardo Ayala Eslava** el día 14 de diciembre de 1995; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Old Mutual hoy AFP Skandia SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados a este, y de parte de todos los fondos privados con los que se hizo traslado horizontal, 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 1995 con efectividad a partir del 1 de enero de 1996(fl190), posteriormente solicito trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el día 28 de agosto de 1998 (fl 190). Después solicito trasladarse nuevamente a la AFP Colfondos S.A. el día 24 de septiembre del año 2002 (fl 190), se trasladó de nuevo a AFP Porvenir S.A. el 15 de diciembre de 2006 (fl190) y finalmente solicito trasladarse a AFP Old Mutual hoy AFP Skandia S.A el 4 de febrero de 2014.

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 Historial SIAFP, certificado estado de cuenta del demandante, formulario afiliación del 14 diciembre de 1995, formulario de afiliación del 24 de septiembre de 2002, artículo diario El Tiempo de 9 enero 2014., AFP Porvenir S.A. aportó certificado de egreso cuenta individual a Old Mutual, formulario afiliación año 1998, formulario afiliación año 2006, historial de afiliaciones y novedades SIAFP, relación de aportes a Porvenir, relación histórica de movimientos Porvenir, publicación diario El Tiempo. AFP Old Mutual S.A. aportó formulario afiliación 2014, historia laboral bono pensional, historia laboral consolidada, respuesta a derecho de petición del demandante 23 mayo 2018 y 27 agosto de 2018.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 14 de diciembre de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado

no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 14 de diciembre de 1995, el(la) demandante tenía 620.43 semanas (fl 34) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 28 de enero de 1957 – fl 189) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo (a mayo de 2018 había cotizado 1.764,71 semanas - fl 34), se habría podido pensionar en el año 2019 en el régimen de prima media, 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 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 con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, 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 S.A. ni la AFP Porvenir SA, ni AFP Old Mutual S.A.

Respecto del argumento expuesto por los apoderados de las demandadas AFP Porvenir SA y AFP Old Mutual S.A hoy AFP Skandia S.A. en cuanto a la no devolución de 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 adocrinó: "Por esto mismo, la Sala ha adocrinado 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 y AFP Skandia S.A.,

Ahora bien, conforme el punto de apelación de Colpensiones sobre la carga probatoria, 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 (...)"

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el(la) señor(a) **Jorge Eduardo Ayala Eslava** del ISS hoy administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Colfondos SA el 14 de diciembre de 1995.

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, AFP Old Mutual hoy AFP Skandia S.A y Colpensiones habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una 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 21 de abril de 2021 por el juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas (AFP Porvenir SA y AFP Old Mutual hoy AFP Skandia S.A. y Colpensiones) y a favor de la parte actora. Fijense 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.

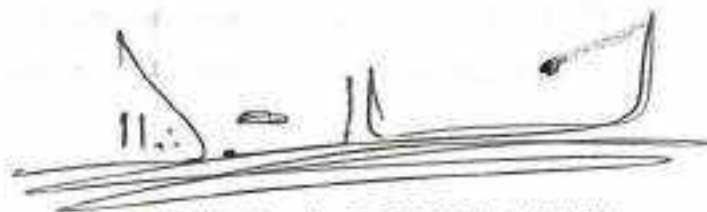
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503320180060001)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503320180060001)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503320180060001)