



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** HERBERTH HUMBERTO TREJOS ORTEGA

**DEMANDADO:** COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL FONDO DE PENSIONES

**RADICADO:** 11001 31 05 028 2017 00493 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil veintidós (2022).

### **SENTENCIA**

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a cumplir la orden de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia STL17543-2021 de 15 de diciembre de 2021, proferida dentro del proceso identificado con la radicación n.º64972, teniendo en cuenta las consideraciones de dicho fallo.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se declare que Porvenir S.A. y OLD MUTUAL incumplieron gravemente su obligación de suministrar información veraz, completa y coherente al demandante al momento de la suscripción del formulario de afiliación mediante el cual cambio de régimen pensional, **ii)** la nulidad de la afiliación como consecuencia del incumplimiento del deber de información y **iii)** que es procedente el traslado del demandante al régimen de ahorro individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Se condene a COLPENSIONES a efectuar la activación de la afiliación del actor al régimen de prima media con prestación definida, **ii)** a OLD MUTUAL

a transferir el total del dinero ahorrado en la cuenta personal del actor el cual deberá ser transformado en semanas, junto con sus rendimientos, **iii)** las condenas ultra y extra petita y **iv)** costas y agencias en derecho.

En subsidio, solicitó se condene a OLD MUTUAL a reconocer y pagar la pensión de vejez a la edad de 62 años, con una mesada igual o equivalente a la que hubiera recibido en COLPENSIONES

Respecto de dichas pretensiones, **COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una con sustento en que la afiliación al RAIS tiene plena validez y eficacia, puesto que no se probó por parte del accionante vicio del consentimiento (error, fuerza, dolo), sino por el contrario manifestó que se afilió de manera voluntaria a PORVENIR y luego se trasladó a OLD MUTUAL, existe un principio del derecho que establece que nadie puede alegar su propia culpa para beneficiarse ya que fue negligente durante más de 22 años. Finalmente, No es procedente el traslado del régimen del actor, toda vez que en la legislación vigente se encuentra prohibido el traslado de régimen para aquellas personas que se encuentran a 10 años o menos de adquirir la pensión, situación en la que se encuentra el demandante, y tampoco tendría derecho al traslado de régimen en cualquier tiempo sin consideración a la edad, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional ya que al primero de abril de 1994 no tenía cotizadas 15 años de servicios pues conforme a la historia laboral contaba con menos de ellas.

Excepciones: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos e innominada o genérica. (fls 106 a 110)

**OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda bajo el argumento que la afiliación del demandante al fondo de pensiones no se efectuó como traslado de régimen pensional, luego su situación pensional con el cambio de administrador Old Mutual no se modificó en la medida en que la A.F.P. en el cual estuvo vinculado el demandante se rige por las mismas disposiciones legales, al igual que las prestaciones que consagran. Quiere decir lo anterior que el hecho que el demandante mantenga vigente su afiliación al RAIS a través de las vinculaciones realizadas no obedeció a una conducta arbitraria o caprichosa del fondo de pensiones, sino la falta de manifestación de voluntad del mismo demandante de regresar al ISS, es decir, al Régimen de Prima Media. Por otra parte, plantea que la obligación información continúa vigente pero dichas proyecciones no pueden predicar diferencias, por cuanto esta no debe entenderse como una situación jurídica consolidada y

definitiva ni como un derecho adquirido a favor de quién lo solicita, en consideración a que los cálculos son efectuados a fecha de presente y con base en tasas fluctuantes. Finalmente, al revisar según lo dispuesto en el artículo 33 de la ley 100 del 93 la edad exigida para una pensión de vejez es de 62 años de edad para los hombres y, por ende, es plenamente aplicable la prohibición de estar a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez para que se posibilite el traslado.

Excepciones: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica (fls. 117 a 133).

**PORVENIR S.A.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones con fundamento en que es improcedente la solicitud de nulidad de afiliación a Porvenir deprecada por la parte actora puesto que no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por el demandante al momento del surgimiento de los actos jurídicos de afiliación tanto a Porvenir como la otra Afp por el control están dados todos los requisitos de ley para la validez de la Selección del régimen realizada por el demandante en efecto la selección de cualquier de los regímenes previstos por la ley es libre y voluntaria por parte del afiliado quien manifiesta por escrito su elección al momento de la vinculación o el traslado hecho que se realiza con la suscripción de la solicitud de afiliación. La información suministrada a los afiliados al RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, es importante recordar que los asesores comerciales encargados de promover las afiliaciones, reciben permanentemente capacitaciones a fin de garantizar una adecuada orientación y asesoría. Aunado a esto para la fecha de traslado, el demandante no contaba con ni con la edad ni con las semanas de cotización para poder pensionarse en el RPM y además se encontraba habitado para trasladarse dado que había superado el plazo de permanencia establecido en el artículo 13 de la Ley 100 e 1993.

**Excepciones:** prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo. (fls. 164 a 174).

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de abril de 2019, declaró ineficaz el traslado del régimen

pensional efectuada por el demandante a Porvenir y en consecuencia el cambio de AFP realizada a la demandada Old Mutual; ordenó a esta última a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante tales como cotizaciones sumas adicionales de la aseguradora, comisiones cobradas con sus frutos e intereses legales así como el bono pensional tipo A Modalidad 2 emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Oficina de Bonos Pensionales en los términos que señala la parte considerativa, ordena a Colpensiones a aceptar el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida y los dineros que les serán entregados; absolvió a FONCEP, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, condenó en costas a Porvenir a favor de la parte actora.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

**OLD MUTUAL** en lo que respecta a la condena de devolver los gastos de administración, teniendo como fundamento que lo estudiado no fue el traslado régimen entra la AFP entre el régimen de ahorro individual, sino el traslado del régimen pensional; en este sentido no puede desconocerse la situación legal o las actuaciones legales en el marco de estas afiliaciones que se llevaron a cabo y debe entonces verse a la luz de la normatividad legal vigente que no puede retornarse o no puede obligarse a la demandada a retornar dichas comisiones, en primer lugar, porque las mismas no entran al patrimonio de la compañía y segundo, porque se destinan a cubrir un riesgo de carácter inmediato del cual se vio beneficiado el actor. Entrar a disponer como se dice la sentencia primera instancia a devolver dichos conceptos, sería generar enriquecimiento sin causa favor de Colpensiones, como quiera que la naturaleza jurídica de esas prestaciones o la naturaleza jurídica de éstas primas han estado dirigidas a salvaguardar una contingencia de cuya característica es inmediata y no futura como la vejez que es el caso particular y concreto que aquí se está estudiando.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se deba ordenar el traslado al régimen de prima media.

### **Elementos de prueba relevantes:**

- Folios 38 a 50, Historia laboral consolidada del demandante
- Folios 57 a 59, Proyección de pensión de vejez elaborada por Old Mutual
- Folio 63, formulario solicitud de vinculación con la AFP Porvenir
- folio 64 a 68, formatos CLEB certificado información laboral con la alcaldía mayor de Bogotá subdirección de servicios administrativos
- Folio 116, reporte de semanas cotizadas por el empleador con la Administradora colombiana de pensiones colpensiones
- Folio 135 y 136 afiliación a fondo de pensiones obligatorias Skandia hoy Old Mutual
- Folio 137 y 138 Liquidación de Bono pensional por tiempos prestados a la Nación y a Bogotá Distrito Capital
- Folio 176 formulario único de vinculación a traslado a fondo voluntario de pensiones Porvenir de 5 de marzo del año 2004
- Folio 177 historial de vinculaciones formato SIAFP

### **Marco Normativo y Jurisprudencial**

Sentencia SLT 17543-2021 proferida con el número de radicación n.º 64972 del quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

### **Caso Concreto**

La sentencia proferida con el número de radicación n.º 64972 del quince (15) de diciembre de dos mil veintiunos (2021) señala en la parte resolutive lo siguiente:

*(...) **PRIMERO: CONCEDER** la tutela del derecho fundamental al debido proceso de **HERBERTH HUMBERTO TREJOS**.*

***SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS** la decisión de 10 de julio de 2019, para en su lugar, ordenar a la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera una nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.(...)*

El mencionado fallo señala que se debe emitir nueva sentencia teniendo en cuenta lo expuesto en su parte motiva; en las consideraciones, en síntesis, para el caso concreto hace alusión a los siguientes aspectos:

- i) El deber de información de parte de las administradoras de Fondos de Pensiones.

*(...) «desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que, dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008)».*

Para finalmente, concluir que:

*Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

- ii) El simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación resulta insuficiente.

La Corte expuso lo siguiente:

*(...) «la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado». (...)*

iii) La carga de la prueba

*«el artículo 1604 del Código Civil establece que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. (...) 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 desvirtuarlo 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». (Subrayado fuera de texto).*

iv) es procedente la ineficacia del traslado cuando el afiliado tiene el derecho causado o es beneficiario del régimen de transición

*(...)se precisó que: «[t]al argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información».*

*De ahí que, anotó:*

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136- 2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.*

*Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto. (...)*

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta las consideraciones de la sentencia STL 17543-2021 proferida dentro del proceso identificado con la radicación 64972, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

En relación con el punto de apelación sobre los gastos de administración, si bien el fallo de tutela proferido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral nada refirió al respecto, se debe igualmente dar aplicación a la jurisprudencia trazada por el alto tribunal que ha sido reiterativa a la hora de señalar que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), y en ese orden de ideas, hay lugar a adicionar la decisión de primera instancia respecto del fondo de pensiones PORVENIR.

**COSTAS:** no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 29 de abril de 2019, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. a devolver a Colpensiones todos los aportes que posean en la cuenta de ahorro individual del actor sin que haya lugar a autorizar a dichas AFP a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 29 de abril de 2019 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

**CUARTO: REMÍTASE** de manera inmediata copia de la presente sentencia a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral con la referencia de “*Cumplimiento de la sentencia con la radicación n.º 64972 del quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) Acción de tutela instaurada por HERBERTH HUMBERTO TREJOS instaurada contra la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ*”, trámite en el que se dispuso la vinculación del **JUZGADO VEINTIOCHO (28) LABORAL DEL CIRCUITO** de la misma ciudad, así como de las demás partes e intervinientes en el asunto judicial conocido con radicado «2017-00493»..  
(...)

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada