



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 33-2018-00444-01

Bogotá D.C., Febrero cinco (5) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: NÉRIDA DEL ROSARIO OSPINA CHICA
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO : 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 interpuesto por la parte demandada (Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 33° Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de junio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 141 a 142), así como Colpensiones (folio 128 a 130) y Porvenir SA (fls. 118 a 125) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **NÉRIDA DEL ROSARIO OSPINA CHICA** instauró demanda ordinaria laboral contra de **COLPENSIONES y PORVENIR SA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 1 y 2):

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

- 1) La nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones de **NÉRIDA DEL ROSARIO OSPINA CHICA** con la AFP Porvenir SA, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas que aquel le reportaría.
- 2) Trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones, actual administradora de pensiones del Régimen de prima media con prestación definida.
- 3) Que Porvenir SA debe enviar a Colpensiones, todos los detalles del traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y su afiliación.
- 4) A Colpensiones a activar la afiliación de la señora **NÉRIDA DEL ROSARIO OSPINA CHICA** en el régimen de prima media con prestación definida.
- 5) A Colpensiones a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de **NÉRIDA DEL ROSARIO OSPINA CHICA**.

PRETENSIONES CONDENATORIAS:

- 1) A Porvenir SA a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones, por cuanto la afiliación del régimen de prima media queda nuevamente vigente.
- 2) A porvenir SA a enviar a Colpensiones el detalle de traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado y de la afiliación de la señora **NÉRIDA DEL ROSARIO OSPINA CHICA**.
- 3) A Colpensiones a activar la afiliación de la señora **NÉRIDA DEL ROSARIO OSPINA CHICA**, en el régimen de prima media con prestación definida.
- 4) A Colpensiones a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de **NÉRIDA DEL ROSARIO OSPINA CHICA**.

5) Costas procesales.

Colpensiones contestó la demanda (fls. 35 a 44), así como **Porvenir SA** (fls. 68 a 75) de acuerdo al auto visible a folio 98. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 33° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 26 de junio de 2020. **DECLARÓ** la ineficacia del traslado al Régimen de ahorro Individual con Solidaridad, administrado por **Porvenir SA**, y con esto a la afiliación realizada por la señora **NÉRIDA DEL ROSARIO OSPINA CHICA** el 8 de septiembre de 1994, efectiva a partir del 1º de octubre de 1994. **DECLARÓ** que la señora **NÉRIDA DEL ROSARIO OSPINA CHICA** actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **Colpensiones**. **CONDENÓ** a **Porvenir SA** realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la señora **NÉRIDA DEL ROSARIO OSPINA CHICA** a **Colpensiones**, junto con sus respectivos intereses o rendimientos y cuotas de administración. **CONDENÓ** a **Colpensiones** recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como a reactivar la afiliación de la señora **NÉRIDA DEL ROSARIO OSPINA CHICA**. **ORDENÓ** a **Porvenir SA** a pagar de ser el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en el RPM, los cuales serán asumidos a cargo de su propio patrimonio. **CONMINÓ** a **Colpensiones** a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ellos hubiese lugar. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones de inexistencia del derecho y prescripción. **CONMINÓ** a **Colpensiones** y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado a que se realicen gestiones necesarias a determinar cuál sería el impacto en el RPM de la presente decisión, y se tomen las medidas de fondo para que el RPM no sufra deterioro para efectos de su estabilidad financiera. **COSTAS** a cargo de la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho en la cantidad de 3.5 SMLMV:

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (Porvenir SA) presentó recurso de apelación:

INEFICACIA DE TRASLADO: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a Porvenir SA, teniendo en cuenta que si bien el Juzgado dice que se presenta la ineficacia del traslado, en razón de la falta de información, sin embargo, ésta no procede, por cuanto de manera expresa el Art. 270 de la Ley 100 de 1993 prevé su declaratoria cuando existen actos que impiden o atenten la afiliación del trabajador, es decir, cuando se realizan actos con dolo para impedir o atentar contra la libertad del afiliado o su traslado, lo que supone la intención de causar un daño, y en este caso, no se acreditó el dolo por parte de Porvenir, por el contrario, lo que se exhibe con claridad, es que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Ahora, la actora no adujo ni acreditó que fuera incapaz al momento de suscribir el formulario de afiliación, ni se demostró que la causa u objeto de ese acto jurídico, fueran ilícito, tampoco se presentaron las circunstancias que se exponen en el Ar. 1511 y 1512 del CC, por el contrario siempre ha obrado de buena fe, cumpliendo con las disposiciones legales. También es importante resaltar que no se logró probar la mala fe de Porvenir, de conformidad con lo que sustenta el Art. 963 del CC. Manifiesta el A Quo que el expediente está huérfano de pruebas y que el formulario de afiliación en sí mismo, carece de elementos de juicio para determinar la información entregar a la demandante, conclusión no comparte Porvenir SA, por cuanto el formulario de afiliación no es un simple formato, es un documento público, que se presume auténtico, formato que está avalado por la Ley, y es una prueba que acredita el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, en su Art. 14, específicamente, cuando no se ha tachado el mismo, y cumple también con lo señalado en el Art. 270 del CGP, por lo que no le es dable restarle valor probatorio al formulario, y menos desconocerlo, luego, Porvenir SA cumplió de manera literal con los requisitos exigidos, para el momento de la demandante. Mencionó también, que no es jurídicamente viable imponer cargas distintas a las partes a las ya previstas en la Ley en que sucedió la afiliación por parte de la demandante, pues se constituye no solo una

violación del debido proceso y a la confianza legítima de Porvenir, ya que para el año 1994, cuando se celebró ese acto jurídico de vinculación, no solo la demandante era jurídicamente capaz, sino que adicionalmente, se insiste, que ese acto jurídico obtiene un objeto y una causa lícita, y ahora por cuentas de interpretaciones y alcances en algunas normas, se desconocen instituciones primarias de un estado social de derecho, como son la validez y el efecto jurídico de sus actos, luego es un hecho objetivamente demostrable y así se acreditó, que de manera libre y voluntaria, la demandante se trasladó del RPM al RAIS y que permitió el descuento de los aportes con destino al fondo privado, conductas que bajo la línea jurisprudencial, se debe considerar como una verificación de la voluntad de la afiliación, pues así lo ha venido explicando en referidos análisis, y para citar un ejemplo la Sentencia 47236 del 6 de abril de 2016. Situación diferente a la demandante, pues se estudia casos amparados con el régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1983, y si bien el A Quo en ésta oportunidad dice no es de relevancia que la actora no esté amparada por el régimen de transición, en el salvamento de voto que hizo el Dr. Rigoberto Echeverri dijo que sí es importante tener en cuenta eso, porque la ineficacia del traslado no puede predicarse respecto de todos los casos, de manera automática, pues depende del tipo de falencia de la información o del tipo del consentimiento informado que hubiera informado un perjuicio claro y cierto, por cuanto estaban amparados por el régimen de transición, pero el presente caso no. Y es que el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema, y debe verse beneficiado o perjudicado, en función de diferentes factores, como la fluctuación del mercado, variación del salario, que pueden generarle mejores o peores réditos, respecto de las prestaciones que hubiere podido conseguir en otro régimen, luego los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia del traslado, porque con el pasar el tiempo, su plan de pensión no resultó acorde con sus aspiraciones, situación que ocurre en el presente caso, luego no hay identidad fáctica con las sentencias. Respecto de la condena de gastos de administración, debe recordarse que la Supe financiera mediante concepto 116 de 2020 señaló que en el evento que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar, son los aportes y rendimientos de la cuenta individual de afiliación, pero no los gastos de administración, luego solo se puede trasladar lo

dispuesto en el Art. 113 de la Ley 100 de 1993, literal b) donde no se mencionan los gastos de administración, pues si bien se debe garantizar la sostenibilidad del sistema, no debe entenderse la sostenibilidad propiamente de Colpensiones, pues de entenderse de esa manera, se estaría generando un enriquecimiento ilícito, generándole beneficios respecto de periodos que no fueron administrados por ellos, sino por Porvenir SA.

La parte demandada (Colpensiones) interpuso recurso de apelación:

INEFICACIA DE TRASLADO: Solicita se revoque la condena impuesta por la Juez de primera instancia, para en su lugar se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que el Juzgado es acertado en ser garante respecto de los recursos públicos que administra Colpensiones, lo cierto es que el grado de afectación económica que puede causarse con el reintegro de la demandante al RPM es grave, y en ese sentido Colpensiones no tiene un lineamiento con respecto de cuáles pueden ser esos perjuicios, y hasta tanto no se sepa cuanto ese perjuicio, se tendrá que interponer recurso de apelación, pues en este momento, no se puede llegar a proyectar dado que son cálculos o dineros que se han de reflejarse el grado de afectación solamente a futuro, pues no se sabe si el traslado del dinero, junto con los rendimientos, alcance para reconocer la prestación por parte de Colpensiones. Ahora, si la demandante supera la expectativa de vida a creces, conllevaría a un detrimento patrimonial, pues Colpensiones no alcanzaría a sostener dicha pensión con anticipación. Y es que Colpensiones tiene unas políticas de distribución del aporte, en el cual se fracciona a futuro, y en el evento en que no se pueda cumplir con las cargas pensionales, el Estado es el encargado de financiar lo que hace falta para el cumplimiento del pago de los pensionados, sin dejar de lado que no hubo solidaridad de Porvenir en el pago de las prestaciones. Ahora, respecto del acogimiento de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, para invertir la carga de la prueba, estando en cabeza del fondo privado, dado que para Colpensiones, solo se puede aplicar para personas o afiliados que tengan expectativas legítimas, que se encuentren en régimen de transición, que estuvieran próximos al cumplimiento de los requisitos, para el reconocimiento pensional o que el cambio de régimen se

hubiese afectado de manera grave los derechos pensionales de la demandante, situación ésta que no se avizora por parte de la demandante, y por lo tanto no se puede acoger ésta línea de la Corte Suprema de Justicia, concluyendo que el sujeto procesal que debe demostrar que existió el vicio en el consentimiento o que hubo una falta de información reposa en cabeza de la demandante y conforme el acervo probatorio, no hay lugar a declarar que efectivamente que si se sufrió un engaño o que hubo un error en la falta de información.

No obstante la interposición del recurso de apelación, la sala también entra a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) NÉRIDA DEL ROSARIO OSPINA CHICA el día 8 de septiembre de 1994; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP HORIZONTE SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE SA, el 8 de septiembre de 1994, efectiva a partir del 1 de octubre de 1994, dada la cesión por fusión quedó afiliada a la AFP Porvenir SA a partir del 1 de enero de 2014 (fl. 78).

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, se trae 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- Ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, 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, aspecto sobre el cual ya se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en 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 en la que adoctrinó *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 35 a 44), así como PORVENIR SA (fls. 68 a 75). COLPENSIONES aportó reporte de historia laboral de la demandante. PORVENIR SA aportó: certificado de afiliación, Formato de vinculación (1994), historial de

vinculaciones del SIAFP, sabana de historia laboral, relación histórica de movimientos Porvenir SA, respuesta derecho de petición, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 8 de septiembre 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)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.

Claramente para el momento del traslado 8 de septiembre de 1994, la demandante tenía 278,86 semanas (fl. 45), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, (pues no se había expedido la ley 797 de 2003) tenía en el año 1994, 32 años (nació el 24 de noviembre de 1962, fl. 15) y al seguir cotizando al año 2019 año en el cual cumplió 57 años de edad, como en efecto lo hizo, actualmente podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, 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.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, contrario a lo afirmado por el recurrente de la AFP privada, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se

podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP HORIZONTE SA el 8 de septiembre de 1994, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia.

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 confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante Colpensiones y Porvenir SA, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV a favor de la parte actora a cargo de la parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR SA; 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 junio de 2020 por el Juzgado 33° Laboral del Circuito de Bogotá.

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

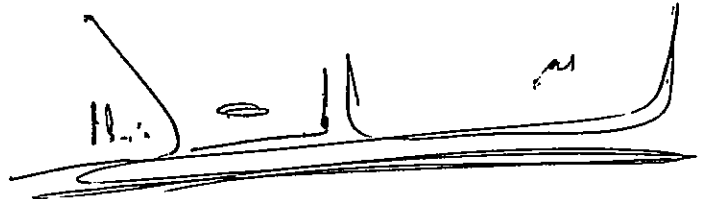
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503320180044401)



DAVID A. J. CORREA STEER

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310503320180044401)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310503320180044401)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 11-001-31-05-033-2018-00444-01.

NÉRIDA DEL ROSARIO OSPINA CHICA contra
COLPENSIONES Y OTROS.

Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala, por las razones que a continuación explicaré:

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, a partir de la providencia emitida dentro del presente proceso, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineffectividad del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 02-2018-00700-01

Bogotá D.C., febrero cinco (5) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **NORMA ROMERO GÓMEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR SA
ASUNTO : **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 interpuesto por la parte demandada (Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 02° Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 211 a 214), así como Colpensiones (folio 217 a 221) y Porvenir SA (fls. 199 a 207), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 23 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **NORMA ROMERO GÓMEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR SA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 12 y 13):

DECLARATIVAS:

- 1) La nulidad de la afiliación de la demandante NORMA ROMERO GÓMEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado al momento de la afiliación por la AFP Porvenir SA de fecha 13 de agosto de 2004 por existir un vicio en el consentimiento.
- 2) Que la AFP Porvenir SA incurrieron en omisión al deber legal de informar a la demandante NORMA ROMERO GÓMEZ todas las etapas de proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

CONDENATORIAS:

- 1) A la AFP Porvenir SA, en su calidad de administradora a la cual se encuentra afiliada la demandante y a Colpensiones, a tramitar de manera inmediata el regreso automático de la señora NORMA ROMERO GÓMEZ al RPM administrado por Colpensiones.
- 2) A Porvenir SA a tramitar de manera inmediata el traslado a Colpensiones, los valores de la cuenta de ahorro individual de la señora NORMA ROMERO GÓMEZ, correspondiente a las cotizaciones al riesgo derivado de la vejez.
- 3) A Colpensiones a reactivar a la señora NORMA ROMERO GÓMEZ su afiliación al RPM.
- 4) Costas procesales.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 42 a 53), así como PORVENIR SA (fls. 78 a 85) de acuerdo al auto visible a folio 105. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 2° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 08 de septiembre de 2020. **DECLARÓ** la nulidad de la afiliación y traslado de la demandante NORMA ROMERO GÓMEZ al régimen de ahorro individual, realizada

el 13 de agosto de 2004 a Porvenir SA. **CONDENÓ** a la AFP Porvenir SA a trasladar dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a Colpensiones los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante NORMA ROMERO GÓMEZ y que hubiere recibido producto de la afiliación del demandante a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir los aportes de la accionante NORMA ROMERO GÓMEZ, en el régimen de prima media con prestación definida, conforme las cotizaciones efectuadas en su momento a Porvenir SA y tener entre sus afiliados a la demandante, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, además de corregir y actualizar su historia laboral. **DECLARÓ NO PROBADA** las excepciones propuestas por las convocadas a juicio. **COSTAS** a cargo de Porvenir SA, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (Porvenir SA) presentó recurso de apelación:

NULIDAD TRASLADO: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a Protección SA, en lo que tiene que ver a trasladar a Colpensiones la comisión por administración y los valores por seguros, teniendo en cuenta que la nulidad declarada desconoce el principio de inescindibilidad de la norma, y también desconoce la institución de la nulidad, como de la ineficacia, por cuanto, en sentencia C-345 de 2017, la Corte Constitucional ha dejado claro cuáles son los efectos de una ineficacia, la cual opera en dos sentidos, en uno amplio y otro estricto, la base de la sentencia se usa como fundamento la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual atenta contra principios del derecho, entre ellos, el de inescindibilidad, toda vez que agarra, de manera sesgada y parcializada, apartes de normas, y va cogiendo un poquito de cada norma y

da una teoría exótica sobre la ineficacia o nulidad, situación que se contrapone y le da a una ineficacia, una consecuencia jurídica diferente. Frente a esto, al Corte Constitucional ha dicho que la ineficacia en sentido estricto dice que se presenta en aquellos casos, en los cuales, la Ley, por razones diferentes, ha previsto que no debe producir efectos de ninguna naturaleza, sin que sea necesaria la existencia de una declaración judicial en tal sentido, sin embargo, una ineficacia de pleno derecho, es declarada judicialmente, frente a ese aspecto, no se discute que existe desde la creación de la Ley 100 de 1993, el deber de información por parte de las asesoras de las administradoras de fondos de pensiones, sin embargo, en ninguna parte de la Ley establece que la inobservancia de ésta decisión trae como consecuencia la ineficacia, por tanto, va en contra del principio del inescidibilidad, toda vez que no es taxativa esa consecuencia jurídica, y aun así se le da esa consecuencia. Lo anterior, con un malabar jurídico que hace la Corte Suprema de Justicia, trayendo a colación el Art. 271, el cual habla de actos de fuerza o dolo, y en estos procesos y particularmente no se mira la función de dolo o culpa por parte del asesor, lo que permite una responsabilidad objetiva, cosa que esta proscrita en el derecho sancionador, porque al parecer se le está dando una responsabilidad de un proceso ejecutivo, si no se presenta una prueba documental, dejando aparte las pruebas indiciarias, las cuales hacen parte del sistema probatorio. Así mismo, el formulario de afiliación, es un requisito sine qua non, lo que quiere decir que para la existencia del contrato, por lo tanto no tiene ningún sentido, ni existe en el ordenamiento que, hoy por hoy, que esos documentos no son lo suficientemente fuertes para probar el consentimiento, sumado a que el consentimiento se está hablando del efectuado en el año 2004, cuando el consentimiento informado, como una institución jurídica, ha establecido que vino a aparecer hasta el año 2014, por tanto, esas sentencias y la parte motiva de esas sentencias, afecta lo estipulado en el Art. 29 de la CP, que dispone que nadie puede ser juzgado sino con las leyes preexistentes, situación que no está hablando en este caso. Ahora, respecto de la consecuencia jurídica, es importante resaltar, afecta también el principio de inescindibilidad, pues denota el absoluto desconocimiento tanto de la Corte Suprema, como de los operadores judiciales, sobre la figura de nulidad, ya que el Art. 1746, en primer lugar, es una consecuencia de una nulidad, y por

tanto si se va a declarar la nulidad absoluta o relativa, ésta es la consecuencia, y en segundo, porque habla de restituciones mutuas, y ya se ha dicho, "mutuas" es una acción recíproca entre dos o más personas, y la Corte Suprema ha dicho que cuando una de las partes se ha lucrado de un negocio, tiene la obligación de restituir los frutos financieros de los cuales se lucró, independientemente si gana o no, por tanto, las nulidades tienen consecuencias amplias y deben pensarse muy bien antes de presentarse. Por lo que al darse cumplimiento al Art. 1746, es una decisión salomónica, para no afectar el principio de sostenibilidad financiera, la demandante tenía una obligación de restituir los beneficios financieros, pues de lo contrario, se estaría propendiendo en un enriquecimiento sin justa causa, ya que en el RPM no se generan rendimientos financieros, y por lo tanto, no tienen causa los rendimientos financieros.

CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA: Sobre la carga dinámica de la prueba, la Corte Constitucional ha sido muy clara desde la sentencia C 086 de 2016, en la cual establece que la carga dinámica de la prueba no opera de manera automática, y por lo tanto no se le puede imponer a Porvenir unas cargas que no existían, máxime si se tiene en cuenta que en ninguna parte de la Ley establece que debe mantenerse las asesorías de manera escritas, por lo tanto no se puede obligar a Porvenir traer pruebas que no se le estaban exigiendo, sumado a que la función del dinero o de la mesada pensional, que es el único objetivo de estos tipos de proceso, vino a modificarse en el año 2013, y para el año de la afiliación de la demandante, no puede haber un derecho adquirido.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN: Por último, respecto de la excepción de prescripción, es llamada a prosperar, especialmente en lo que tiene que ver con los gastos de administración, ya que son emolumentos netamente económicos, y en los términos del Art. 20 de la Ley 100 de 1993 y ni en el RPM, ni en el RAIS hacen parte del monto que se va a destinar a la pensión, y por lo tanto, al tratarse de emolumentos netamente económicamente, son objeto de prescripción y por lo tanto debió haberse declarado el fenómeno trienal.

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación:

PROHIBICIÓN DE TRASLADO: Solicita se revoque la condena impuesta por la Juez de primera instancia, para en su lugar se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que al momento de solicitud de retorno al RPM, el 18 de julio de 2018, la demandante contaba con la edad de 57 años, encontrándose en la prohibición legal del Art. 2º de la Ley 797 de 2003, norma que fue declarada exequible con la sentencia C-1024 de 2004, en el sentido que solo podrán trasladarse en cualquier tiempo, las personas que sean beneficiarias del régimen de transición, en virtud de la sentencia C 789 de 2002, los cuales no reunió la demandante, dado que al 1º de abril de 1994 no tenía ni el requisito de la edad, ni las semanas cotizadas, no encontrándose en la excepción prevista en la sentencia.

INEFICACIA DE TRASLADO: Al no encontrarse probado los vicios del consentimiento, dentro del expediente no obra prueba alguna que estemos en presencia de algún vicio del consentimiento, consagrado en el Art. 1740 del CC, pues nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica al acto celebrado entre la demandante y Porvenir, por no tratarse de un error, que es aquel el que afecta la validez del acto y conlleva a su anulación, pues del interrogatorio de parte absuelto por la demandante señaló que no corroboró ante el ISS que la información que le suministraron fuera cierta, con relación a que se fuera a acabar el Instituto, que el traslado le afectó porque hace 1 año fue a hacer una consulta de su pensión y le indicaron que iba a ser menor. En ese orden, al verificar el momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación ostentaba el cargo de directora de contabilidad, tal y como se observa a folio 34 del plenario, por ello en el presente caso, no es similar a lo que se ha estudiado por la Corte Suprema de Justicia en relación con el grado de instrucción de los demandantes, pues no pasaban un grado de bachiller.

CARGA DE LA PRUEBA: Solicita se aplique el Art. 167 del CGP, por cuanto se aparta de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en la aplicación

del Art. 1746 del CC que dispone sobre la responsabilidad del deudor, pese a que la alta corporación no aplica las normas del CC, no analiza quien es el deudor y quien es el acreedor en un contrato de afiliación, y en este caso, el afiliado es el deudor, y hasta tanto se pensiona, se invierte la carga de la prueba y se vuelve acreedor.

DEBER DE INFORMACIÓN Y DESCAPITALIZACIÓN DEL SISTEMA: Vale la pena citar la sentencia emitida por ésta Corporación del 13 de agosto de 2020, en donde se estudió un caso similar al presente caso, decidió revocar la nulidad de traslado declarada en primera instancia, por cuanto el traslado de régimen fue producto de la voluntad de la demandante, que optó por cambiar la forma de financiar su prestación, constituyéndose en un hecho ajeno que no participó Colpensiones, por lo que no debe reparar ningún hecho, dicha decisión se consideró teniendo como fundamento que la elección de régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional, que las condiciones de afiliación a un régimen es un asunto de orden legal y no constitucional, que la competencia para imponer las sanciones previstas del Art. 271 de la Ley 100 de 1993 está asignada a las instancias administrativas y que dicha sanción es la multa y dejar sin efecto la afiliación, para que el interesado realice una nueva afiliación, que en virtud del principio de legalidad no pueden aplicarse sanciones, recurriendo a la analogía y remitirse a normas sancionatorias que regulen otros casos, y en ese sentido, no puede aplicarse las normas fraccionadamente y constituirse una tercera que favorezca el derecho del accionante, por lo que el Art. 271 de la mencionada Ley impone su aplicación sin fraccionamiento alguno, y es improcedente acudir a estatutos distintos como el C.C. o el C.Co. Para determinar los efectos, por lo tanto las normas de seguridad social, son suficientes para juzgar las pretensiones de ineficacia de afiliación, por lo que la misma incurre en cargo de quien incurrió en la acción u omisión, en este caso, a cargo de la AFP que no puede atribuirse efectos a un sujeto que no intervino en la decisión de la afiliada de trasladarse, ni mucho menos en la deficiente información invocada. Resulta trascendente juzgar el acto de afiliación, de manera oportuna, ya que el aporte de la cotización al sistema cumple su objetivo de contribuir del pago de las pensiones ya causadas, y de hacerlo

inoportunamente, como en el presente caso, desfigura el sentido del principio de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema, por ende de las pruebas aportadas, se tiene que de las pruebas aportadas que realizó para el año 2004, existiendo una ausencia de demostración de perjuicios a cargo de Colpensiones, porque no participó ni patrocinó dicho traslado.

CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA: Subsidiariamente, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones, previo cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración a los que hubiere lugar, debidamente indexados, por el periodo que permaneció afiliada al fondo privado, en atención que Colpensiones no puede dar cumplimiento hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos en la respectiva base de datos.

COSTAS: Solicita que no sea condenada en costas, por cuanto en el acto jurídico de traslado no participo Colpensiones.

No obstante la interposición del recurso de apelación, la sala también entra a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) NORMA ROMERO GÓMEZ el día 13 de agosto de 2004; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 13 de agosto de 2004, efectiva a partir del 1 de octubre de 2004 (fl. 98).

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, se trae 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- Ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, 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, aspecto sobre el cual ya se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en 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 en la que adocrinó "*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en*

que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 42 a 53), así como PORVENIR SA (fls. 78 a 85). COLPENSIONES aportó: historia laboral y expediente administrativo de la demandante. PORVENIR SA aportó: Relación histórica de movimientos Porvenir SA, relación de aportes, historial de vinculaciones del SIAFP, sábana de bono pensional, Formato de vinculación (2004), certificación de afiliación, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 13 de agosto de 2004, 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.

Claramente para el momento del traslado 13 de agosto de 2004, la demandante tenía 619,57 semanas (fl. 55), por tanto en términos de la ley 797 de 2003 tenía en el año 1994, 33 años (nació el 2 de diciembre de 1961, fl. 34) y al seguir cotizando al año 2018 año en el cual cumplió 57 años de edad, tendría que acreditar 1300 semanas, por lo que podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco, o en el evento para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y

extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, 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.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de

régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP 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, contrario a lo afirmado por el recurrente de la AFP privada, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP Porvenir SA el 13 de agosto de 2004, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia.

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 confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

Finalmente el apoderado de la parte demandada (COLPENSIONES) presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia.

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

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV a favor de la parte actora a cargo de la parte demandada PORVENIR SA; 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 8º de septiembre de 2020 por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) 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. 11001310500220180070001)


DAVID A. J. CORREA STEER
ACLARACION DE VOTO
(Rad. 11001310500220180070001)


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
ACLARACION DE VOTO
(Rad. 11001310500220180070001)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 28-2018-00370-01

Bogotá D.C., febrero cinco (5) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **CARMENZA CALDERÓN DUARTE**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO : **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 interpuesto por la parte demandada (Protección SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de octubre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 175 y 176), así como Colpensiones (folio 158 a 143) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **CARMENZA CALDERÓN DUARTE** instauró demanda ordinaria laboral contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN SA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 4 y 5):

DECLARATIVAS:

- 1) Que la AFP Davivir SA hoy Protección SA, incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible a la demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.
- 2) Declarar nula e ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por la señora CARMENZA CALDERON DUARTE a la AFP Protección SA, por entenderse que la falta de información por parte de ésta vició el consentimiento de la demandante.
- 3) ☐ Que la señora CARMENZA CALDERON DUARTE se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado en la actualidad por Colpensiones.

CONDENATORIAS:

- 1) A la AFP Protección SA a registrar en su sistema de información que la afiliación en pensión de la demandante es nula e ineficaz.
- 2) A la AFP Protección SA a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar.
- 3) A Colpensiones a activar la afiliación en pensión de la señora CARMENZA CALDERON DUARTE.
- 4) A Colpensiones a recibir la totalidad de los aportes a pensión de la demandante, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar.
- 5) Costas procesales.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 80 a 95), así como PROTECCIÓN SA (fls. 107 a 141) de acuerdo al auto visible a folio 142. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 28° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 1º de septiembre de 2020. **DECLARÓ** la nulidad del traslado de régimen pensional

efectuado por la señora CARMENZA CALDERON DUARTE al RAIS con fecha 1º de abril de 1999, por intermedio de la AFP Davivir hoy Protección SA, y en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPMD administrado por Colpensiones. **CONDENÓ** a la AFP Protección SA, a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos su frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora CARMENZA CALDERON DUARTE a Colpensiones. **CONDENÓ** a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas. **COSTAS** a cargo de las dos entidades demandadas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (Protección SA) presentó recurso de apelación:

NULIDAD TRASLADO: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a Protección SA, en lo que tiene que ver a trasladar a Colpensiones la comisión por administración y los valores por seguros, teniendo en cuenta que la comisión de administración y el valor de los seguros es un descuento autorizado en la Ley, que faculta a los fondos privados que autoriza el descuento el 3% del 16% del aporte que hace el afiliado, el mencionado descuento se usa para pagar el seguro previsional, y opera en ambos regímenes, tanto en el RAIS como en el RPM. Obra como prueba en el expediente el certificado de los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, en donde se demuestra que de los aportes efectuados por la actora obtuvieron unos rendimientos, esto es, unas ganancias, las cuales fueron debidamente administrados por Protección SA, y con la condena en primera instancia, que ordena devolver los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración y seguros previsionales, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, y adicionalmente, esos dineros hoy por hoy, no hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, toda vez que estos dineros ya

fueron cubiertos, pues los gastos administración precisamente administran los dineros, y el seguro previsional ya fue pagado a un tercero, esto es, a la aseguradora, y no habría lugar a perjudicar a un tercero, que actuó de buena fe y cumplió con su obligación de cubrir una cobertura de vejez, invalidez y sobrevivencia. En este caso, se puede hablar de unas restituciones mutuas y ese factor – protección, tiene derecho a conservar a ese dinero de administración, a todas luces que los aportes de la afiliada efectuó. Ahora bien, si la condena de primera instancia condenó a la ineficacia del traslado, quiere decir que las cosas vuelven a su estado anterior, no habría lugar a trasladar también los rendimientos, toda vez que estos se dieron precisamente por la afiliación que realizó la demandante en el año 1999, en este caso, solo habría lugar a trasladar únicamente los aportes de la demandante, sin los rendimientos ni la comisión de administración y sin los seguros de lo cual se le brindó cobertura en todo el tiempo que estuvo afiliada. Así mismo, la aseguradora es un tercero de buena fe, que en nada tuvo que ver con el contrato de la parte demandante, y con la condena en primera instancia, se estaría afectando el patrimonio de la aseguradora, toda vez que esos dineros ya no hacen parte de la cuenta individual de la demandante, sino del patrimonio propio de Protección y de la aseguradora. En este caso particular, en ningún momento estuvo dentro del litigio, una condena en perjuicios, y si se confirma la sentencia de primera instancia, se estaría asumiendo que Protección debe con su patrimonio pagar los valores de comisión de administración, rendimientos y seguros, y se tendría que revisar a la luz de una responsabilidad civil, junto con sus elementos y en el presente proceso no fue materia de prueba, ni quedó demostrado la causación de unos perjuicios, toda vez que la inversión de la carga de la prueba, operó frente a la pretensión de ineficacia y/o nulidad de la afiliación y no frente a unos perjuicios, los cuales no fueron demostrados frente a la parte demandante.

La parte demandada (Colpensiones) interpuso recurso de apelación:

INEFICACIA DE TRASLADO: Solicita se revoque la condena impuesta por la Juez de primera instancia, para en su lugar se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que existe un perfeccionamiento del acto de afiliación, pues existe

cuando la parte actora acepta las características con el transcurso del tiempo, según los Arts. 898 del C.Co., igualmente, los Arts. 1752 y 1754 del C.C., y sentencia SL413 de 2018, y el Art. 1604 del C.C., en atención a la importancia que tiene cada afiliado en estar pendiente de su estatus pensional, si bien la Ley le otorga obligaciones a las AFP, también le endilga deberes a los afiliados, es tan así que en el Art. 4 #5 del Decreto 441 de 2010, expresa que las decisiones de cada afiliado deben, además de ser una decisión consciente, dicho silencio, cuando llegase a existir silencio, se tiene como una toma de decisión con cualquier efecto legal, restricción y demás consecuencias que ello conlleve, a lo cual, no se demuestra que la demandante haya tenido una intención de trasladar al RPM, lo cual no nos tendría en este proceso.

No obstante la interposición del recurso de apelación, la sala también entra a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP DAVIVIR SA efectuado por el (la) señor (a) CARMENZA CALDERON DUARTE el día 1º de abril de 1999; **2-.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PROTECCIÓN SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP DAVIVIR - ING, el 1º de abril de 1999, efectiva a partir del 1 de junio de 1999, posteriormente, dada la cesión por fusión, quedó afiliada a la AFP Protección SA a partir del 31 de diciembre de 2012 (fl. 122).

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, se trae 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- Ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, 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, aspecto sobre el cual ya se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en 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 en la que adoctrinó *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 80 a 95), así como PROTECCIÓN SA (fls. 107 a 141). COLPENSIONES aportó expediente administrativo de la demandante. PROTECCIÓN SA aportó: Formato de vinculación (1999), historial de vinculaciones del SIAFP, historia laboral consolidada, respuesta derecho de petición, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1º de abril de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la)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.

Claramente para el momento del traslado 1º de abril de 1999, la demandante tenía 408,43 semanas (fl. 123), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, (pues no se había expedido la ley 797 de 2003) tenía en el año 1994, 33 años (nació el 23 de julio de 1961, fl. 20) y al seguir cotizando al año 2018 año en el cual cumplió 57 años de edad, como en efecto lo hizo, actualmente (tiene 1402,43 semanas – fl. 123.), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, 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.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las

herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Protección SA.

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP

DAVIVIR SA el 1º de abril de 1999, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia.

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 confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante Protección SA, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV a favor de la parte actora a cargo de la parte demandada PROTECCIÓN SA; 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

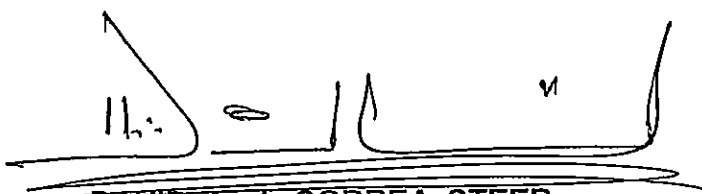
RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 1º de septiembre de 2020 por el Juzgado 28º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (Protección SA) y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) 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. 11001310502820180037001)


DAVID A. J. CORREA STEER
ACLARACION DE VOTO
(Rad. 11001310502820180037001)


RHINA PATRIGIA ESCOBAR BARBOZA
ACLARACION DE VOTO
(Rad. 11001310502820180037001)



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	CARMENZA CALDERÓN DUARTE
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105002820180037001
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquél que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 03-2019-00298-01

Bogotá D.C., febrero cinco (5) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: APELACIÓN PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES Y
PORVENIR SA // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 240 a 241), así como Colpensiones (folio 219 a 222) y Porvenir SA (folios 232 a 237) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 23 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 91 a 93 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

- La nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones de GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO con la AFP Horizonte hoy Porvenir SA, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas que aquel le reportaría.
- Que el traslado de régimen pensional de la señora GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO, no se dio de manera libre y voluntaria tal y como lo exige el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- Que la AFP Porvenir SA no informó a la señora GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO los términos del traslado entre regímenes, ventajas, desventajas y riesgos del mismo, de acuerdo a lo contemplado en el literal d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Art. 48 de la Ley 1328 de 2009 y lo establecido en el Art. 12 del Decreto 720 de 1994.
- Que Porvenir SA debe trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones, actual administradora de pensiones del RPM.
- Que Porvenir SA debe enviar a Colpensiones, teniendo en cuenta que es la administradora del RPM, todos los detalles del traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de afiliación.
- Que Colpensiones debe activar la afiliación de la señora GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO en el RPM.
- Que Colpensiones debe aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO.

Condenatorias:

- A Porvenir SA a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones, por cuanto la afiliación del RPM queda nuevamente vigente.
- A Porvenir SA a enviar a Colpensiones el detalle de traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de la afiliación de la señora GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO.
- A Colpensiones a activar la afiliación de la señora GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO en el RPM.
- A Colpensiones, a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 99 a 118) y AFP PORVENIR SA (fls. 155 a 209), de acuerdo al auto visible a folio 210. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 3° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 22 de septiembre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la demandante GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO del RPM administrador por el ISS hoy Colpensiones al RAIS administrado por Horizonte hoy Porvenir SA, realizado el 30 de octubre de 1998, con efectividad a partir del 1° de diciembre de la misma anualidad, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al régimen solidaria de prima media administrador por Colpensiones. **CONDENÓ** a la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo del traslado de la demandante GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados. **ORDENÓ** a Colpensiones a aceptar el traslado de los dineros que efectúe Porvenir SA, para que proceda a activar la afiliación de la demandante GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO, como si nunca se hubiese trasladado del RPM, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado. **DECLARÓ NO**

PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandas. **COSTAS** a cargo de la AFP Porvenir SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se nieguen las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta las diferentes pruebas que fueron allegadas al plenario, pues conforme el interrogatorio de parte de la demandante, pues la misma confesó que no tuvo conocimiento de las proyecciones pensionales, circunstancias que el mismo Juzgado manifestó que Porvenir había aportado una serie de documentales al respecto, pues se habla de una inversión de la carga de la prueba, sin embargo es menester señalar que la carga de la prueba es frente a qué?, y ese es el punto álgido frente a este tipo de temas, por cuanto no solamente ha sido una manifestación en los casos que se encuentran circunstancias invalidantes del negocio jurídico del traslado, pues no debe dejarse de una forma tan abierta, pues se pueden desplazar o hacer manifestaciones, o aludir una manifestación de la carga de la prueba, pero esa carga de la prueba frente a qué aspecto? Frente a toda la negociación o sobre qué aspectos en particular se debe invertir la carga de la prueba. Pues porque no está acreditado en que momento específico incitó o llevo a cabo que la demandante hiciera un negocio jurídico inválido, sobre esas características, pues tan solo se señala que la AFP le iba a dar unas dádivas a la afiliada, lo mismo dice en el interrogatorio de parte, pero unas dadivas en qué sentido? Y señala una mesada pensional, de cuanto es la desmejora? Sobre que variables, o que categorías estaría supeditado que el negocio no estuvo mediada de una buena asesoría. Y es que en ese sentido, Colpensiones ni siquiera sabe de qué defenderse, y el debido proceso consagrado en el Art. 29 de la CP establece que debe asegurarse el debido proceso. Y es que no debe darse esta aplicación de la línea jurisprudencial que ya hecho ahínco dentro de las altas Cortes.

Por otro lado, en cuanto a la incidencia de los daños antijurídicos que debe soportar Colpensiones, debe precisarse que la demandante se encontraba afiliada a Cajanal y ahora es Colpensiones quien tiene que soportar estas cargas impositivas, y es que en un proceso de ineficacia, por lo que en el presente asunto se está buscando en últimas un reconocimiento frente a cualquier riesgo, quien lo debe asumir? Y Colpensiones de donde tiene que sacar ese patrimonio?, pues pretende que con los rendimientos económicos se merme ese impacto para Colpensiones, pero es que no puede pretender que las cotizaciones del año 1998, no es el mismo valor para el año 2020, y no puede compararse los rendimientos económicos con la indexación, son temas totalmente distintos, sin puntos de comparación. En ese sentido, Colpensiones tendrá que asumir en algún punto unas prestaciones pensionales, valores que no sabemos de dónde van a venir. Y es que el daño que va a generar a Colpensiones es antijurídico, porque no tenía por qué soportarlo, pues en primer lugar la demandante provenía de Cajanal, en segundo, no tuvo ningún tipo de injerencia en el traslado, ni en la relación vigente que tiene la demandante con la AFP y es aquí donde Colpensiones tiene que venir a sufragar unas cargas, ¿De dónde?, si es que Colpensiones no tuvo nada que ver en este negocio jurídico, por lo que no tiene sentido que sea condenada.

Por último, respecto de las sentencias emanadas de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, no pueden ser aplicadas generalmente, pues no son criterios interpretativos que se puedan aplicar a la generalidad, por cuanto la Corte Suprema de Justicia, lo único que hace es verificar unas relaciones contractuales, caso muy distinto al que hoy en día nos ocupa, por cuanto la demandante siempre manifestó que le llegó, recibió, leí, pero no le entendí, pero se intenta ver al demandante como la parte débil, a la cual hay que proteger, cuando cada persona se busca sus propios males, y luego no se hace responsable, si una persona ve unos documentos, no los entiende y los firma, el deber ser es un auto cuidado y pregunte cual es la situación y que está pasando, no dejarlo todo a la suerte, y luego condenar a Colpensiones, que no se sabe de dónde va a responder. Y en lo que tiene que ver con las sentencias tutela, los efectos son totalmente distintos, y el criterio últimamente que se acoge es primero a una inseguridad jurídica, que demuestra que si o si toca declarar una ineficacia de traslado, cuando siempre se va a declararse, para que se desgasta el aparato jurisdiccional, si al final siempre

va a declararse una ineficacia, no tiene ningún sentido, afectando las independencia de los Despachos Judiciales, incluso el derecho de defensa.

La **parte demandada (PORVENIR SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se nieguen las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que, en el presente proceso se pudo demostrar con la documental y con el interrogatorio de parte de la demandante, que dicha afiliación o traslado de régimen pensional a Horizonte hoy Porvenir, obedeció a una decisión libre y sin presiones, conforme la asesoría que recibió de forma verbal, donde se le indicaban las características del Régimen de Ahorro Individual, conforme el interrogatorio de parte practicado a la demandante, corroborando de esta manera, que recibió información adecuada y acorde a lo señalado por el Decreto 720 y 692 de 1994. Ahora bien, en el presente fallo se desconoce dicha confesión, y se pretende una carga, inexistente para la fecha de afiliación, y la afiliación se realizó sin ningún tipo de presión, con el cumplimiento con todos los requisitos exigidos por la Ley para dicha data, puesto que en primer lugar, antes de adoptar la decisión de traslado, recibió información suficiente y veraz, de manera verbal sobre el RAIS, y manifestó en el formulario de afiliación que cumplía con todos sus requisitos de Ley, previamente aprobado por la SuperBancaria. Por otro lado, en cuanto al incumplimiento de las exigencias legales, suscribió el formulario de afiliación el cual se concretó la decisión del traslado de la demandante, se manifestó en dicho formulario, de forma expresa, que lo hacía de forma voluntaria y libre, lo cual fue ratificado con el interrogatorio de parte. Las expresiones allí contenidas, en el formulario de solicitud de traslado de régimen no pueden ser consideradas tan solo como un requisito formal, o una manifestación vacía, y sin ninguna consecuencia jurídica, tal y como se presupone, puesto que corresponde a una exigencia normativa, y por lo tanto no puede ser ignorado, ni puede desconocer los efectos que produce, la circunstancia que sea un formulario previamente impreso, no le resta ningún tipo de valor probatorio, ya que corresponde una expresión inequívoca de la voluntad de la actora en trasladarse de régimen pensional. Respecto a la información que debía ser suministrada para el momento de traslado de régimen pensional, estando dentro de la primera etapa, momento en que el deber de información era suministrar información cierta y veraz, en este momento no se debía suministrar información haciendo comparativos, proyecciones o cálculos, pues la certeza sobre la posible o expectativa pensional

era incierta, en este sentido la Supe financiera, en concepto No. 2017056668-001 del 12 de agosto de 2017, indicó que la obligatoriedad de ofrecer una asesoría, entendida como información clara, cierta y oportuna, respecto de su afiliación, resulta que el consumidor financiero, pueda tomar la información para decidir y trasladarse entre administradoras, se encuentra desde el 1 de julio de 2010 con la entrada en vigencia del Decreto 2241 de 2010, con lo anterior se ratifica una vez que solo fue hasta años posteriores se expiden leyes y Decretos como el 2555 de 2010, el Dto. 2070 de 2015 y la Ley 1748 de 2015 en que las AFP adquirirían en su cabeza la obligación de asesoría e información, tanto para sus afiliados, como para el público en general, de hecho la obligación de explicar a los afiliados las condiciones y consecuencias del traslado de régimen pensional, nace a partir del Art. 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó el Art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, en este sentido, es claro que se hace una aplicación indebida y desproporcionada de las cargas y deberes de información, que están en cabeza de las AFP, toda vez que se pretende y se obliga a Porvenir suponer que existían unas obligaciones y hace unas interpretaciones extensivas de deberes, que solo fue desarrollado jurisprudencialmente, pero a la luz de lo que señala la Ley para la fecha de traslado de régimen pensional de la demandante no se encontraban vigentes ni reguladas.

Por último, respecto de los gastos de administración, señala que los mismos tienen sustento en la Ley 100 de 1993, por ende ordenarlos, causa un perjuicio a Porvenir, más aun cuando dichos emolumentos no se encuentran en cabeza de Porvenir, ya que fueron destinados al fin que pretendían, como era la adquisición de seguros para cubrir las contingencias de muerte y enfermedad, contingencias que se encuentran cubiertas y garantizadas a favor de la demandante, así mismo se utilizan para realizar los diferentes movimientos financieros, y conllevan a obtener los rendimientos, que se depositan mes a mes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así mismo la Supe financiera en concepto indicó que en caso de declararse la nulidad o ineficacia, lo procedente sería que se respeten las restituciones mutuas, que no se ordene el traslado de la prima de seguro y que tampoco se ordene la deducción de las comisiones o cuotas de administración, que han sido utilizados por las diferentes AFP, por corresponder el trabajo realizado por la administradora.

No obstante la interposición del recurso de apelación, la sala también entra a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE SA efectuado por el (la) señor (a) GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO el día 30 de octubre de 1998; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE SA, el 30 de octubre de 1998, con efectividad a partir del 1º de diciembre de 1998, posteriormente dada la cesión por fusión, quedó afiliada a la AFP PORVENIR SA a partir del 1 de enero de 2014 (fl. 17)8.

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación más de las decenas 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- Ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, 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, aspecto sobre el cual ya se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en 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 en la que adoctrinó *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 99 a 118) y AFP PORVENIR SA (fls. 155 a 209). Colpensiones aportó expediente administrativo de la demandante. Porvenir SA aportó: Formulario de afiliación (1998), respuesta a derecho de petición, historia de vinculaciones del SIAFP, relación histórica de movimientos Porvenir, semanas cotizadas para pensión, historia laboral, sábana de bono pensional.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 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 la pensión, 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 1998, el demandante tenía 648 semanas (fl. 195), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 28 de agosto de 1962, fl. 21) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, como en efecto lo hizo, en el año 2019 podría pensionarse en el RPM (Actualmente tiene 1705 semanas – fl. 195), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los

artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir SA.

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

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, contrario a lo afirmado por el



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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP HORIZONTE SA el 30 de octubre de 1998, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

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 confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

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, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir SA.

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

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, contrario a lo afirmado por el

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020 por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES y PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) 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. 11001310500320190029801)



DAVID A. J. CORREA STEER

ACLARACIÓN DE VOTO

(Rad. 11001310500320190029801)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310500320190029801)



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	11001310500320190029801
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquél que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 24-2019-00386-01

Bogotá D.C., febrero cinco (5) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: CARLOS AUGUSTO RIBERO GARCÍA
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO: 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 presentado por la parte demandada (Colpensiones y Protección SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 158 a 159), así como Colpensiones (folio 162 a 165) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 30 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) CARLOS AUGUSTO RIBERO GARCÍA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como

aparece a folios 5 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad de la afiliación y traslado efectuado por el demandante CARLOS AUGUSTO RIBERO GARCÍA del RPM al RAIS (AFP Protección SA), por haber existido un vicio en el consentimiento, dado que se omitió brindarle una asesoría clara, completa, adecuada y eficaz sobre las consecuencias de dicha actuación.
- Condenar a Colpensiones a recibir la afiliación del actor en el RPM sin solución de continuidad.
- Condenar a la AFP Protección SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual del actor, junto con las sumas que le puedan corresponder por concepto de intereses, sumas adicionales y rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de cuota de administración.
- Condenar a Colpensiones a que una vez reciba por parte de la AFP Protección SA las sumas que por virtud de la afiliación del actor tenía a su cargo, proceda a la corrección e imputación de los tiempos cotizados en su historia laboral.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: PROTECCIÓN SA (fls. 97 a 148), de acuerdo al auto visible a folio 149. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 24° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 24 de septiembre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación que hizo el señor CARLOS AUGUSTO RIBERO GARCÍA a la AFP Protección SA, suscrita el 24 de abril de 1995. **DECLARÓ** que para todos los efectos legales, el señor CARLOS AUGUSTO RIBERO GARCÍA nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad. **DECLARÓ** que para todos los efectos legales, el señor CARLOS AUGUSTO RIBERO GARCÍA siempre estuvo vinculado al régimen de prima media con prestación definida. **ORDENÓ** a la AFP Protección SA a trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor CARLOS AUGUSTO RIBERO GARCÍA, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el Art. 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren

causado, ello significa que se debe trasladar lo que tenga el demandante en su cuenta de ahorro individual al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración que haya deducido de los aportes que realizó el demandante. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir al señor CARLOS AUGUSTO RIBERO GARCÍA como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de la AFP Protección SA. **DECLARÓ NO PROBADA** la excepción de prescripción. Sin condena en **costas** en la instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (**Protección SA**) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Protección SA, teniendo en cuenta que, el descuento o gasto de administración rige en el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Art. 7 de la Ley 797 de 2003, donde faculta a los fondos de pensiones obligatoria para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados de los afiliados al Sistema General de Pensiones. Este descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima de seguro previsional y opera en ambos regímenes, tanto en el régimen de ahorro individual, como en el régimen de prima media. Tal y como obra prueba en el expediente, el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, se puede demostrar que Protección SA ha administrado de manera diligente dichos aportes y estos han constituido de manera generosa una rentabilidad, que como se expuso y se ha expuesto durante todo el proceso, esta rentabilidad ha sido bastante generosa, y no se puede ignorar estos rendimientos dentro del proceso.

Ahora, con la condena de primera instancia, que ordena a Protección SA devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, más los rendimientos financieros generados y adicionalmente, lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa, a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez del actor, y adicionalmente, ya se le está trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión realizada por Protección SA, por lo que tiene derecho a conservar ésta comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenersele que trasladar a Colpensiones.

Frente a la prima del seguro previsional, se debe manifestar, que ésta ya fue girada a una aseguradora, para que en caso que existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha Compañía pagará una suma adicional, con el fin de pagar las pensiones por dichos conceptos, inclusive, la mencionada prima ya fue pagada mes a mes, durante el tiempo de afiliación de la parte demandante, y Protección SA está imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela 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 demandante y Protección SA. La Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, se ha pronunciado frente a los terceros de buena fe, cuando se declara la nulidad del negocio jurídico.

En caso de confirmar la condena, asumir el pago de ésta comisión, y trasladar estos gastos de administración, se estaría en presencia de una condena en perjuicios en contra del mismo patrimonio de Protección SA, lo cual tendría revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de ésta y en el presente proceso no fue materia de prueba, ni quedó demostrado la causación de lo mismo. Frente al cobro de los 3% para el cobro de administración y financiar las primas del seguro previsional, opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la Ley y no financia directamente la prestación económica por vejez, por lo que son conceptos que si prescriben, de conformidad con lo establecido en el Art. 488 del CST, en armonía del Art. 151 del CPT y SS, que establecen el transcurso del tiempo de 3 años, hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción.

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que, en primera medida es importante precisar que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, en tal sentido le es completamente aplicable las disposiciones del Art. 13 de la Ley 100 de 1993, y se encuentra dentro de la prohibición legal de trasladarse entre regímenes. Verificando si existe o una nulidad en el traslado en el presente asunto, es posible deducir de las pruebas practicadas dentro del proceso que no existió ningún vicio del consentimiento que lo existió fue una omisión por parte del actor, informándose de las condiciones de permanecer en el RAIS, que haber tenido la oportunidad de retornar a Colpensiones, el actor no ejerció ninguna acción, sino que cuando se encuentre inmerso en la imposibilidad, razón por la cual no puede imponérsele estas cargas a los fondos, ni mucho menos a Colpensiones, que es un tercero de buena fe, cuya conducta fue pacífica y no tuvo nada que ver en la voluntad de elección del demandante, por lo que solicita al superior revisar el presente asunto, en atención que obra el correo electrónico con el que en el año 2013 Protección le informa al demandante que podía

acercarse para retornar a Colpensiones, le informa de todas éstas precisiones, no obstante el actor, pese que manifiesta en interrogatorio que es su correo, señala que no tiene conocimiento. Estas conductas omisivas, no pueden endilgárseles a las administradoras, ni mucho menos a Colpensiones. En el mismo sentido, solicita tener en cuenta que declarar la ineficacia o nulidad de traslado no corresponden a asuntos que nos ocupan a casos como el que nos ocupa, pues atenta al principio de la sostenibilidad financiera, y contra los principios de universalidad y progresividad del sistema general de pensiones.

No obstante la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN SA efectuado por el (la) señor (a) CARLOS AUGUSTO RIBERO GARCÍA el día 24 de abril de 1995; **2-.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN SA, el 24 de abril de 1995, con efectividad a partir del 1 de mayo de 1995 (fl. 129).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas 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- Ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, 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, aspecto sobre el cual ya se ha

pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en 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 en la que adoctrinó *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda PROTECCIÓN SA (fls. 97 a 148). Protección SA aportó: formato de vinculación (1995), sábana de bono pensional, reporte de estado de cuenta, historia de vinculaciones del SIAFP, resumen historia laboral, respuesta derecho de petición, historia laboral para iniciar proceso de reclamación de bono pensional, correo electrónico, políticas asesorar para vincular personas naturales, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 24 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 la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 24 de abril de 1995, el demandante tenía 141,29 semanas (fl. 130), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 7 de julio de 1961) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2023 (acredita 1.391,29 semanas – fl. 130), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco, o en el evento para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle

la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Protección SA.

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN SA el 24 de abril de 1995, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

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 confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2020 por el Juzgado 24º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

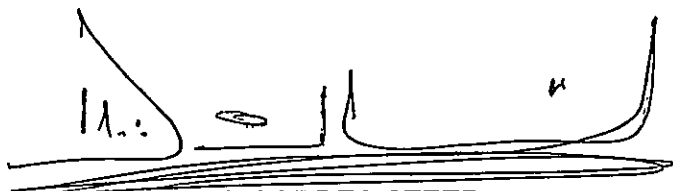
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502420190038601)



DAVID A. J. CORREA STEER

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310502420190038601)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310502420190038601)



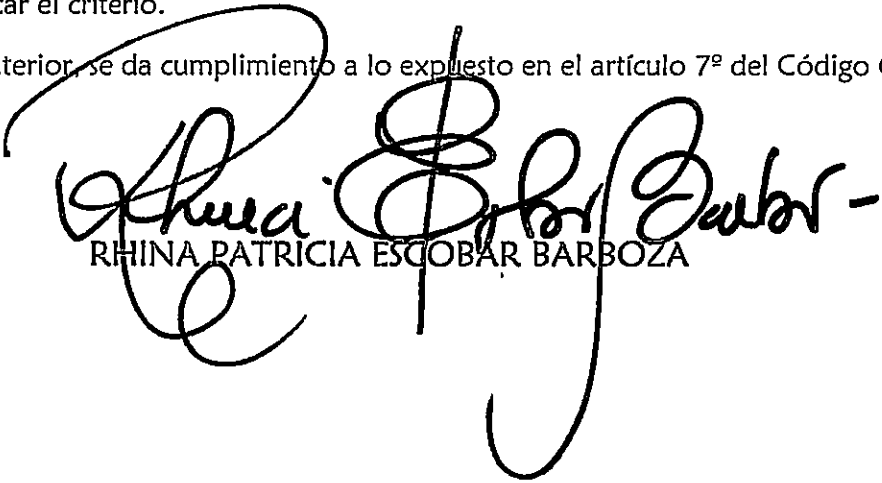
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	CARLOS AUGUSTO RIBERO GARCÍA
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	11001310502420190038601
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquél que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 19-2019-00017-01

Bogotá D.C., febrero cinco (5) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: JOSÉ ARIEL CANDAMIL ESCOBAR
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: 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 presentado por la parte demandada (Colpensiones y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 19° Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (fl. 163 a 170), Porvenir SA (folios 137 a 145), así como Colpensiones (folio 148 a 152) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 04 de diciembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) JOSE ARIEL CANDAMIL ESCOBAR instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 6 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

- La nulidad de la afiliación del señor JOSE ARIEL CANDAMIL ESCOBAR a la AFP Porvenir SA, el 8 de mayo de 1999, por medio de la cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones.
- La libertad del señor JOSE ARIEL CANDAMIL ESCOBAR de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida al declararse la nulidad de la afiliación a la AFP Porvenir SA.

CONDENATORIAS:

- A Colpensiones a recibir al señor JOSE ARIEL CANDAMIL ESCOBAR como afiliado cotizante.
- A la AFP Porvenir SA a liberar de sus bases de datos al señor JOSE ARIEL CANDAMIL ESCOBAR, y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JOSE ARIEL CANDAMIL ESCOBAR, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos su frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a Colpensiones.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: PORVENIR SA (fls. 82 a 89) y Colpensiones (fls. 55 a 63), de acuerdo al auto visible a folio 100. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 19° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 14 de septiembre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del señor JOSE ARIEL CANDAMIL ESCOBAR del RPM al RAIS, realizado el 08 de mayo de 1999. **DECLARÓ** válidamente vinculado al demandante JOSE ARIEL CANDAMIL ESCOBAR al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones, desde el 3 de abril de 1984, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **CONDENÓ** a la AFP PORVENIR SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JOSE ARIEL CANDAMIL ESCOBAR como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados, incluidos

intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a Colpensiones. **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. Sin costas en esta instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Porvenir SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Protección SA, respecto de la condena de la devolución de gastos de administración, como quiera que la Ley 100 de 1993 y su modificación en el 2003, indican que los gastos de administración son un porcentaje que tanto el fondo privado como Colpensiones lo descuentan para el funcionamiento de la cuenta, el fondo privado descuenta el 3% para que se generen unos rendimientos que efectivamente se dan por la gestión de la administradora, a diferencia del fondo común que maneja Colpensiones, que a pesar de descontar el 3% al afiliado, no se le refleja en las cotizaciones del afiliado, toda vez que es una cuenta común, así como tampoco rendimientos. El Acto Legislativo 01 de 2005 propende por la estabilidad financiera en el régimen pensional y en ese sentido que si se propende por esa estabilidad financiera del régimen pensional, ordenar la devolución de gastos de administración efectivamente, pese a que son gastos de administración que ya se causaron en cada uno de éstos periodos, generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones toda vez que al recibir los dineros tendría que descontar el mismo 3% por ese gasto de administración, y enriquecimiento sin causa a favor del demandante, pues en su cuenta de ahorro individual se generaron unos rendimientos y si lo que se pretende que las cosas vuelvan a su estado, como si nunca hubiesen sucedido, y en ese sentido, que los valores por concepto se generaron en su cuenta, los mantenga la administradora.

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que, se fundamentó en la falta de deber de información, que según tenían las AFP al momento del traslado del actor, pasando por alto que para esa fecha, la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993, y esa era la aceptación libre, y espontánea de un afiliado para poder trasladarse de régimen, la cual se manifestaba a través de la firma de formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud, conforme se observa con el formulario de afiliación que reposa en el plenario, el cual estuvo firmado por el demandante.

Por otro lado, debe resaltarse que para la fecha del traslado no existía la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace para las AFP la obligación

de dar una doble asesoría a sus afiliados, así las cosas, el análisis del alcance de la información que pudo haber brindado la AFP al demandante, debe ser valorado con la norma vigente al momento de que se efectuó la suscripción el formulario o cuando se materializó el traslado, en este asunto, la Ley 100 de 1993, no es razonable ni jurídicamente válido imponer obligaciones o soportes de información que no estuvieran previstos en el ordenamiento jurídico, pues tal exigencia desvirtúa el principio de la confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de la legalidad y del debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa o la oportunidad para interponer recursos, sino que exige conforme el Art. 29 de la CP, que se ajuste a las normas preexistentes en el acto que se juzga, así mismo, el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola considerablemente el debido proceso de Colpensiones, que sin haber participado en el acto del traslado del actor de régimen pensional, es quien debe afrontar la carga del reconocimiento de la prestación, esto con base a que no se tuvo en cuenta, al proferir la sentencia el principio de la relatividad jurídica, en torno a que Colpensiones es un tercero en este asunto y en principio, y los actos jurídicos tienen en principio efectos inter partes, y sin las consecuencias que se derivan de la celebración de este acto jurídico. Solo deben repercutir entre las partes involucradas, por lo que debe tenerse que Colpensiones no puede ser favorecida, ni mucho menos verse afectada por éste contrato.

En cuanto a que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP, y al transpolar lo que dijo la Corte señaladas por la Juez, se indica que hasta el año 2016 los fondos privados contaban única y exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario, para que informaran el conocimiento y asentamiento del afiliado, respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016, no exigían nada diferente a la firma en el formulario de la afiliación, en donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS, es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en la normatividad de la época se constituyen una situación de carácter imposible.

Finalmente, se pone de presente que el demandante ha permanecido en el RAIS por mas de 21 años, por lo que las administradoras de pensiones se ven perjudicadas, por cuanto la afectación del principio de sostenibilidad, sino del sistema consagrado en el Art. 48 de la CP, en donde se reitera que el Art. 2º de la Ley 797 de 2003 prohíbe expresamente que el afiliado no podrá trasladarse cuando tenga 10 años o menos para cumplir el requisito de edad para pensionarse, esto no es artículo caprichoso, tiene su razón de ser al respecto, pues si principal propósito que tuvo el legislador de establecer ésta prohibición es proteger el fondo común que tiene Colpensiones para cumplir con el pago de las pensiones de sus pensionados.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que los recursos que recibe Colpensiones por concepto de cotizaciones, no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, esto se sustenta con la jurisprudencias de la H. Corte Constitucional en sentencia C - 1024 de 2004 y que además fue reiterada en la SU 062 de 2010, pues dicho régimen se sostiene con las cotizaciones efectivamente aportadas por sus afiliados, por lo que permitir a una persona, próxima al cumplimiento de la edad para pensionarse, que estuvo realizando sus aportes a otra entidad, se beneficia de aportes de los demás afiliados, resulta contrario no todo al principio de equidad, sino también al principio de eficiencia pensional.

Ahora bien, en el caso de confirmar la condena impuesta por la Juez de primera instancia, ruega confirmar la condena impuesta a la AFP consistente en reintegrar a Colpensiones la totalidad de cotizaciones, esto es, los aportes que reposan en la cuenta individual, rendimientos, bonos, cuotas de seguros previsiones, cuotas de administración, mermas en la cuantía individual y en general todos los aportes que efectuó el demandante, así mismo solicita que se adicione a la sentencia la condena de obligación de hacer a favor del demandante, a Colpensiones de recibirlo como su afiliado y actualizar su historia laboral, solo se podrá hacer efectiva hasta tanto la AFP reintegre los recursos a Colpensiones y actualice la información en las bases de datos.

No obstante la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señor (a) JOSE ARIEL CANDAMIL ESCOBAR el día 08 de mayo de 1999; **2-.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA, el 08 de mayo de 1999, con efectividad a partir del 1º de julio de 1999 (fl. 99).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de

noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas 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- Ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, 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, aspecto sobre el cual ya se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en 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 en la que adocrinó "*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.*"

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda PORVENIR SA (fls. 82 a 89) y Colpensiones (fls. 55 a 66). PORVENIR SA aportó: formato de vinculación (1999), reporte semanas cotizadas para pensión, historia laboral en Porvenir SA, respuesta derecho de petición, simulación pensión con fecha del 21 de noviembre de 2018, historia de vinculaciones del SIAFP. Colpensiones aportó: expediente administrativo del actor.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1º de abril de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y

la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 08 de mayo de 1999, el demandante tenía 234 semanas (fl. 91), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 39 años (nació el 15 de agosto de 1955) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2017 (acredita 1.271 semanas – fl. 91), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP 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, contrario a lo afirmado por el recurrente de la AFP privada, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 08 de mayo de 1999, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante COLPENSIONES y PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV a favor de la parte actora a cargo de

la parte demandada PORVENIR SA; 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 14 de septiembre de 2020 por el Juzgado 19º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) 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. 11001310501920190001701)



DAVID A. J. CORREA STEER

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310501920190001701)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310501920190001701)



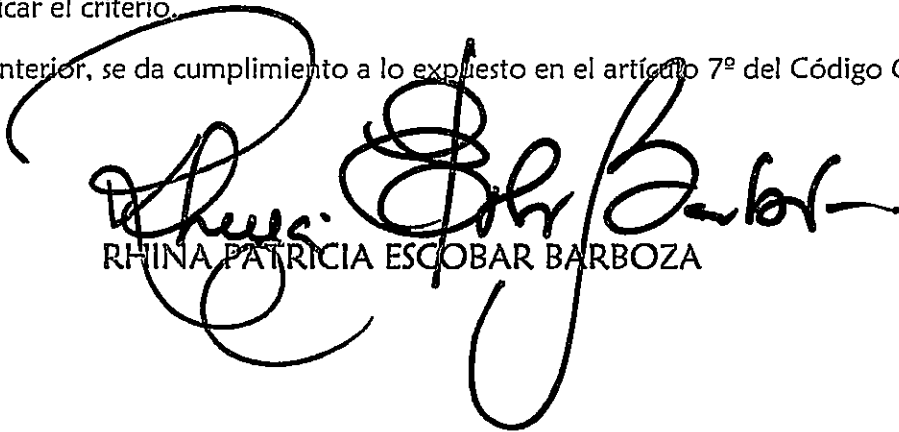
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	JOSÉ ARIEL CANDAMIL ESCOBAR
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	1100131050190001701
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquél que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 24-2019-00074-02

Bogotá D.C., febrero cinco (5) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: DORA MARÍA PINZÓN RUIZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO : 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 interpuesto por la parte demandada (Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada Colpensiones (folio 139 a 143) y Porvenir SA (fls. 146 a 154) presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **DORA MARÍA PINZÓN RUIZ** instauró demanda ordinaria laboral contra de **COLPENSIONES y PORVENIR SA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 5 y 6):

DECLARACIONES Y CONDENAS:

- 1) Declarar que la señora **DORA MARÍA PINZÓN RUIZ** fue inducida a error dolosamente por parte de la AFP Porvenir SI con la finalidad de obtener el traslado de Régimen Pensional, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
- 2) Declarar la nulidad del contrato de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, suscrito entre la señora **DORA MARÍA PINZÓN RUIZ** y la AFP Porvenir SI, por cuanto el mismo le causa perjuicio a la demandante.
- 3) Ordenar a Colpensiones a reactivar la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al cual se encontraba afiliada la señora **DORA MARÍA PINZÓN RUIZ** antes de cometer el error de afiliarse al Régimen de ahorro Individual administrado por Porvenir SI.
- 4) Ordenar a Porvenir SI a girar la totalidad de los dineros recaudados por concepto de cotizaciones al sistema general de pensiones y por estar recaudados, a Colpensiones con sus respectivos rendimientos.
- 5) A Porvenir SI al pago de las costas procesales.

Colpensiones contestó la demanda (fls. 52 a 72), así como Porvenir **SA** (fls. 95 a 129) de acuerdo al auto visible a folio 130. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 24° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 14 de septiembre de 2020. **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación que hizo la señora **DORA MARÍA PINZÓN RUIZ** a la AFP Porvenir SA suscrita el 9 de agosto de 2004. **DECLARÓ** que para todos los efectos legales, la señora **DORA MARÍA PINZÓN RUIZ** nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. **ORDENÓ** a la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **DORA MARÍA PINZÓN RUIZ** como

cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubiera causado sus aportes en su cuenta de ahorro individual, es decir, lo que tenga la demandante en el momento que se efectúe el traslado o en su cuenta de ahorro individual junto con los gastos de administración. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir a la señora DORA MARÍA PINZÓN RUIZ como su afiliada, actualizar y corregir la historia laboral una vez reciba estos dineros que le debe trasladar la AFP Porvenir SA. **DECLARÓ NO PROBADA** la excepción de prescripción. Sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (Porvenir SA) presentó recurso de apelación:

NULIDAD TRASLADO: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a Porvenir SA, teniendo en cuenta que si bien se aduce Porvenir no allegó prueba acreditando su deber de asesoría con la demandante, esto es, brindar una información completa, veraz y oportuna, tal diferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto Porvenir de manera palmaria cumplió con la carga procesal impuesta, pese a la inversión de la carga probatoria que se hizo, contrario a lo legalmente impuesto, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora ha estado vinculada a Porvenir, producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, documento que se presume auténtico, sino también con la conducta de la afiliada que permaneció en el RAIS y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que si analizamos de forma crítica y en conjunto, conducen que la intención de la parte actora era permanecer en el RAIS. Adicionalmente, jurídicamente no es viable imponer cargas distintas a la AFP a las previstas a las existentes al momento en que sucedió la afiliación de la demandante, pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima, ya que para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación, no solo la afiliada para ese momento era jurídicamente capaz, sino que la vinculación tienen un objeto y una causa lícita, y ahora, por cuenta de interpretaciones y alcances que se hacen a unas normas, se desconocen instituciones primarias de un estado social de derecho, tales como la validez y los efectos jurídicos del acto. Igualmente, se debe tener en cuenta, que si

la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que se vuelvan las cosas al estado anterior, estrictamente el contrato de afiliación nunca debió existir, Porvenir no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos no se causaron, y en tal sentido, no existió un cobro de las comisiones de administración, sin embargo debe tenerse claro que el artículo 1746 del CC dispone sobre las restituciones mutuas, intereses y el abono de mejoras, con base en esto, debe entenderse que, aunque se declara una ineficacia de la afiliación, y se haga la ficción que nunca existió el contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos, así las cosas, el producto de la buena gestión de la AFP, la cuenta de ahorro obtuvo unos rendimientos y por eso la AFP tiene derecho a conservar la comisión, si hizo rentar el dinero de la afiliada. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en este caso, al declararse que la ineficacia y que se debe devolver a Colpensiones los aportes de la demandante, más los rendimientos, y adicionalmente, descontar las comisiones de administración, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, pues estaría recibiendo unos dineros o rendimientos por la buena administración de Porvenir SA, sin pagar ningún concepto por la gestión que Porvenir realizó, realizando una interpretación en primera instancia no acorde a la Constitución y Ley. En este orden de ideas, los gastos de administración al no corresponden a valores que pertenecen a la cuenta de ahorro individual de la demandante, no financian la prestación de vejez y por ende, no son parte integrante de ella, razón de peso para demostrar y alegar que en este proceso no se puede descartar la prescriptibilidad, pues si goza del derecho pensional, y en este caso si estaríamos sujetos en lo previsto en el Art. 488 del CST y 151 del CPT y SS, y así debería declararse, es así que se demuestra que Porvenir actuó de buena fe y le corresponde al legislador si el régimen de ahorro individual es más desventajoso que el régimen de prima media, o si por el contrario debe haber un cambio normativo. En suma, Porvenir SA actuó de buena fe y sujetándose a las Leyes existentes.

La parte demandada (Colpensiones) interpuso recurso de apelación:

INEFICACIA DE TRASLADO: Solicita se revoque la condena impuesta por la Juez de primera instancia, para en su lugar se absuelva a Colpensiones

de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta en primera medida, valga traer a colación nuevamente que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, no cumple con los presupuestos establecidos en la SU 062 de 2010, ni la SU 130 de 2013, por lo que le es completamente aplicable el Art. 113 de la Ley 100 de 1993, y en tal sentido se encuentra inmersa en la causal de prohibición de trasladarse entre regímenes pensionales. En el presente asunto, no se debe perder de vista que en el momento de traslado de la demandante del RPM al RAIS se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993, sin que existiera otra obligación en cabeza de los fondos privados para brindar otro tipo de información o documentación a sus afiliados, en el momento de su traslado, el acto jurídico de afiliación, razón por la cual no es dable exigir requisitos adicionales a los establecidos. Por otro lado, del interrogatorio de parte practicado a la demandante, se concluye que la demandante si leyó el formulario y le fue informada de manera clara, las condiciones de Porvenir, que la demandante conocía del derecho de retracto, razón por la cual no es posible establecer que haya existido en cabeza del fondo demandado algún tipo engaño. Finalmente, no solamente por las características especiales de este caso, sino en atención a que la afiliación es un acto en sí voluntario, declarar la ineficacia del traslado, trae consigo un perjuicio, afectando la sostenibilidad financiera del sistema y la descapitalización del fondo común administrado por Colpensiones y con el cual se financia las pensiones de sus afiliados.

No obstante la interposición del recurso de apelación, la sala también entra a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) DORA MARÍA PINZÓN RUIZ el día 9 de agosto de 2004; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 9 de agosto de 2004, efectiva a partir del 1 de octubre de 2004 (fl. 120).

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, se trae 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- Ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, 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, aspecto sobre el cual ya se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en 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 en la que adocrinó *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a*

cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones (fls. 52 a 72), así como Porvenir SA (fls. 95 a 129). COLPENSIONES no aportó ninguna prueba documental. PORVENIR SA aportó: historial de vinculaciones del SIAFP, Formato de vinculación (2004), comunicados de prensa, respuesta derecho de petición, historia laboral consolidada.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 9 de agosto de 2004, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Claramente para el momento del traslado 9 de agosto de 2004, la demandante tenía 639 semanas (fl. 127), por tanto en términos de la ley 797 de 2003 y al seguir cotizando al año 2018 año en el cual cumplió 57 años de edad (nació el 12 de febrero de 1961, fl. 121), como en efecto lo hizo, actualmente tiene 685 semanas – fl. 127, podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, 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.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, contrario a lo afirmado por el recurrente de la AFP privada, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 9 de agosto de 2004, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia.

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 confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante Porvenir SA y Colpensiones, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV a favor de la parte actora a cargo de la parte demandada PORVENIR SA y COLPENSIONES; 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 14 de septiembre de 2020 por el Juzgado 24º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

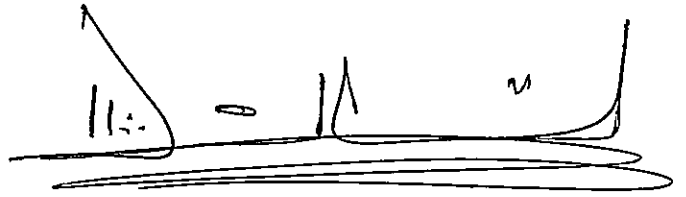
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502420190007401)



DAVID A. J. CORREA STEER

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310502420190007401)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310502420190007401)



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	DORA MARÍA PINZÓN RUIZ
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	11001310502420190007402
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquél que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 31-2019-00527-01

Bogotá D.C., febrero cinco (5) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: RODRIGO JAVIER HERRERA GARCÍA
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO: APELACIÓN PARTE DEMANDADA (PORVENIR SA Y
PROTECCIÓN SA) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Porvenir SA y Protección SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 31° Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de agosto de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 291 a 298), así como Colpensiones (folio 202 a 208) y Porvenir SA (folios 187 a 193) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 30 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) RODRIGO JAVIER HERRERA GARCÍA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN SA y AFP PORVENIR SA, debidamente

sustentada como aparece a folios 7 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad de las afiliaciones del señor RODRIGO JAVIER HERRERA GARCÍA con la AFP Protección SA y AFP Porvenir SA, por lo que no producen efecto alguno, lo que conlleva el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, pues el demandante venía afiliado al Sistema de Prima Media – ISS.
- Condenar y ordenar a la AFP Porvenir SA a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor RODRIGO JAVIER HERRERA GARCÍA, como cotizaciones, bonos 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.
- Declarar que el señor RODRIGO JAVIER HERRERA GARCÍA, para efectos pensionales continúa afiliado a Colpensiones en el régimen de prima media con prestación definida, al que pertenecía con anterioridad.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 49 a 72), PROTECCIÓN SA (fls. 100 a 130) y AFP PORVENIR SA (fls. 146 a 155), de acuerdo al auto visible a folio 94 y 156. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 31° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 24 de agosto de 2020, **DECLARÓ** la nulidad de las afiliaciones del señor RODRIGO JAVIER HERRERA GARCÍA, realizada a la AFP Protección SA y la que realizó en su momento a Porvenir SA, en consecuencia **DECLARÓ** la nulidad del traslado del régimen del demandante, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo al demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese traslado de régimen. **CONDENÓ** a Protección SA a que traslade a Porvenir SA las sumas de dinero que descontó de los aportes del demandante, por conceptos tales como: gastos de administración, seguros, entre otros. **CONDENÓ** a Porvenir SA a que traslade a Colpensiones la totalidad de los aportes que recibió del demandante y la suma que recibirá de Protección SA, junto con los intereses y los rendimientos sin que pueda descontarse suma alguna por concepto de gastos de administración de

seguro. **CONDENÓ** a Colpensiones a que reciba al demandante en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiera trasladado de régimen. **COSTAS** a cargo de Porvenir SA y Protección SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de medio SMLMV. Sin costas a cargo de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Protección SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Protección SA, en lo que tiene que ver con la devolución de comisión y prima de servicios previsional a Colpensiones, estando los mismos autorizados por la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, quien faculta a la AFP la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones, el mencionado descuento se usa para cubrir los gastos de administración y sufragar la prima de seguro previsional y opera en ambos regímenes, tanto para el RAIS como para el RPM. Obra como prueba en el expediente, certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual, de la parte demandante, donde consta y se demuestra, que los aportes tuvieron unos rendimientos, los cuales fueron trasladados a la AFP Porvenir, junto con el capital cotizado. Con la condena de primera instancia, que ordena devolver los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, más los rendimientos financieros generados, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar una pensión de vejez de la parte demandante, y adicionalmente, ya se le está trasladando los dineros de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de la administración realizada por Protección SA, sustentado en el Art. 1746 del CC. Adicionalmente, también se debe mencionar lo proferido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008, cuando manifestó que las consecuencias de la nulidades de vinculación no tiene carácter retroactivo. Aunado al decreto 2555 de 2010 señala que el manejo de los recursos administrador por las AFP, es vigilado por las Superintendencia Financiera, por lo que es necesario poner de presente que cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación, debe darse aplicación al Art. 7 del Decreto 3995 de 2008, que establece que cuando se da un traslado de régimen, se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración.

La parte demandada (**Porvenir SA**) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Porvenir SA, teniendo en cuenta que, dentro del presente proceso se logró demostrar que la afiliación del demandante a Protección y a Porvenir SA, obedeció a una decisión libre y voluntaria, y muestra de ellos es la asesoría que se le brindó de manera verbal en donde se le indicó las características y particularidades propias del régimen que se estaba afiliado. Así mismo, no puede pasarse por alto la decisión de ratificación realizada por el demandante, toda vez que la sentencia SL413 de 2018 indicó que existen actos inequívocos de un afiliado en pertenecer a uno u otro régimen pensional, y en este sentido se cumplió a cabalidad para concluir que pertenece al RAIS. Así mismo, que el actor antes de suscribir el formulario de afiliación recibió información verbal y acorde, una vez recibida dicha información, suscribió el formulario de afiliación, el cual cumple con todos los requisitos exigidos en la Ley, como lo establecido en el Decreto 692 de 1994 y ese formulario fue previamente autorizado por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, las expresiones utilizadas en el formulario de afiliación suscrito por el demandante no pueden ser vistas ni consideradas como un mero requisito formal, o una manifestación vacía, puesto que corresponde a una exigencia normativa, y por lo tanto no puede ser desconocido los efectos ni ignorados, puesto que representan una manifestación inequívoca de la voluntad del afiliado. Por otro lado, en Sentencia SL452 SL436 SL4426 de 2019, indicaron que la ineficacia de la afiliación no debe ser aplicada de manera automática e inconsciente, sino que debe identificarse caso por caso, y demostrarse además de la falta de información, se debe acreditar el perjuicio claro y cierto y específico, para el presente caso el demandante no acreditó que hubiese generado el perjuicio. Así mismo la Supe financiera indicó que las cargas adicionales a cargo de la AFP como dejar soportes, solo surgieron a la luz jurídicamente con el decreto 2242 de 2010 y no mediante la Ley 100 de 1993. Por último, indica que respecto de los gastos de administración es importante dejar claro que éstos tienen sustento en la Ley 100 de 1993, por ende ordenar devolverlos, generaría un perjuicio en contra de Porvenir SA, más aun cuando, dicho emolumentos no se encuentra en cabeza de Porvenir SA, pues se destinó a su objetivo, el pago de contingencias para el cubrimiento de los riesgos de la vejez o muerte, seguros que la AFP los tienen garantizados en cabeza del demandante, así como para los movimientos financieros, rendimientos que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual del actor, por lo que no es procedente la devolución de dichos gastos de administración. En el presente proceso Porvenir SA actuó de buena, fue un tercero que presupuso que el traslado inicial a Protección SA estuvo sujeto a la Ley.

No obstante la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN SA efectuado por el (la) señor (a) RODRIGO JAVIER HERRERA GARCÍA el día 8 de octubre de 1997; **2-.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN SA, el 8 de octubre de 1997, con efectividad a partir del 1º de diciembre de 1997. Posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP Colmena el 1º de enero de 1998, efectiva a partir del 1º de marzo de 1998, luego, dada la cesión por fusión quedó afiliado a la AFP ING a partir del 1º de abril de 2000. Finalmente, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA el 31 de marzo de 2003, efectiva a partir del 1º de mayo de 2003 (fl. 181).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas 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- Ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, 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, aspecto sobre el cual ya se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en 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 en la que adocrinó *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 49 a 72), PROTECCIÓN SA (fls. 100 a 130) y AFP PORVENIR SA (fls. 146 a 155). Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante. Protección SA aportó: formato de vinculación (1997 y 1999), historia de vinculaciones del SIAFP, reporte de estado de cuenta, comunicados de prensa. Porvenir SA aportó: Formato de vinculación (2003), historia de vinculaciones del SIAFP, certificación de afiliación, relación histórica de movimientos Porvenir SA, relación de aportes, sábana de bono pensional, resumen historia laboral.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 8 de octubre de 1997, 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 la pensión, 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 8 de octubre de 1997, el demandante tenía 233 semanas (fl. 141), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 39 años (nació el 28 de mayo de 1955, fl. 38) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2017 (acredita 1.355 semanas – fl. 141), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco, o en el evento 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 de Colpensiones.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

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, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir SA.

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN SA el 8 de octubre de 1997, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

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 confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de agosto de 2020 por el Juzgado 31º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (PORVENIR SA y PROTECCIÓN SA) 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; 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. 11001310503120190052701)



DAVID A. J. CORREA STEER

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310503120190052701)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310503120190052701)



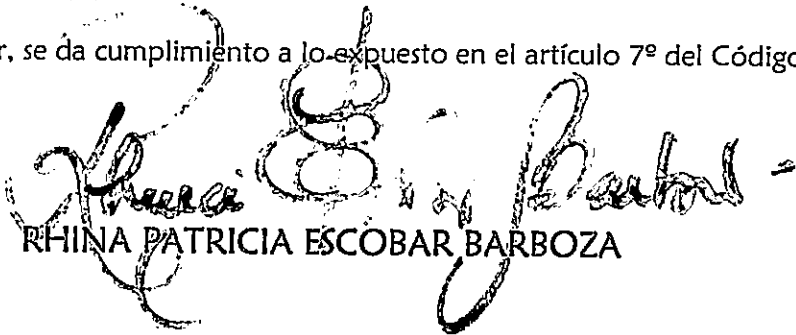
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	RODRIGO JAVIER HERRERA GARCÍA
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105002820180037001
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquél que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA