



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 39-2019-00277-01

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

DEMANDANTE: JUAN ELÍAS GÓMEZ TORRES
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 39° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 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 de Protección SA (folios 191 a 195), así como Colpensiones (folio 205 a 208) 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) JUAN ELÍAS GÓMEZ TORRES instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declárese la nulidad del traslado del RPM (Colpensiones), que detentaba el señor JUAN ELÍAS GÓMEZ TORRES al RAIS (Protección SA), realizado en el ciclo de febrero 27 de 2007, por existir irregularidad de firmas no correspondiente al afiliado, engaño, asalto en la buena fe y omisión al deber de información y asesoría íntegra, técnica y profesional por parte de la AFP Protección SA.
- Declárese que el traslado pensional efectuado por el señor JUAN ELÍAS GÓMEZ TORRES, de la otrora AFP Protección SA, no produce ningún efecto por estar viciado el mismo con las consecuencias legales que ello implica, es decir, la nulidad de todos los demás traslados efectuados por el actor en el RAIS.
- Ordénese a la AFP Protección SA, que dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia que emita el cognoscente de la causa laboral de la referencia, efectúe el traslado o reintegro de los recursos del RAIS que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo los rendimientos respectivos en los términos estudiados y lo aportado al Fondo de Garantía de pensión mínima a Colpensiones, que valga la pena redundar, también el bono pensional que le fue trasladado, debiendo efectuar la demandada todas las gestiones administrativas necesarias para el traslado de las cotizaciones, rendimientos y la información con el fin de hacer efectivo el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida.
- Ordénese a Colpensiones, aceptar sin dilación u oposición alguna los aportes trasladados del RAIS que le gire la AFP Protección SA, convalidándolos en la respectiva historia laboral del actor, la cual deberá corregir y actualizar, debiendo registrar al demandante con el fin de estudiar la pensión correspondiente, en cuanto ésta reúna los requisitos exigidos bajo los lineamientos de la Ley de Seguridad Social que empezó a regir el 1º de abril de 1994 con las modificaciones respectivas y conforme a lo considerado.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: PROTECCIÓN SA (fls. 89 a 157) y Colpensiones (fls. 161 a 176), de acuerdo al auto visible a folio 184. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 39° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de agosto de 2020, **DECLARÓ** que el traslado que hizo el señor JUAN ELÍAS GÓMEZ TORRES del RPM al RAIS, con efectividad a partir del 1º de enero de 2000 a través de la AFP Protección SA es ineficaz, y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. **CONDENÓ** a Protección SA a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir los recursos de que trata el numeral anterior, y reactive la afiliación del demandante en el RPM, sin solución de continuidad. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas. **AUTORIZÓ** a Colpensiones para que inicie las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de Protección SA. **COSTAS** a cargo de Protección SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.790.000.

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 ineficacia del traslado, traslado de los dineros en la cuenta y los dineros por comisión, los cuales incluyen primas de seguros y comisiones, los cuales son dineros que se descuentan directamente por autorización de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, la cual autoriza a las AFP a descontar comisiones por las administraciones que éstas hacen sobre el 16% de los aportes realizados al Sistema de Pensión, el mecanismo de descuento correspondiente al 3% se usa para cubrir los gastos de administración, y para pagar la prima de servicio previsional, y opera en ambos regímenes, tanto para el RAIS, como para el RPM, y ahora como obra en el expediente, del certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual, con lo que se acredita que sus aportes obtuvieron ganancias, con lo cual se va a financiar su pensión. Así pues, al ordenar la devolución de los aportes efectuados por el demandante, junto con los rendimientos y gastos de administración se estaría efectuando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, al recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez del demandante, máxime si se tiene en cuenta que se está ordenando devolver los

rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del actor, por lo que Protección SA tiene derecho a conservar esos dineros, como restitución mutua a su favor, conforme el Art. 1746 del CC y sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008, Decreto 2555 de 2010. La superintendencia Financiera en su concepto del 17 de septiembre de 2020 señaló que cuando se declara judicialmente la nulidad del traslado, debe darse aplicación al Art. 7 del Decreto de 2008, que establece que cuando hay un traslado de régimen, se debe trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, sin embargo, respecto de los gastos por gestión de administración, señaló que ésta no debe ser trasladada a Colpensiones.

En lo que tiene que ver con la prima previsional, indica que ésta ya fue girada a la aseguradora, para que en caso de que existiera un siniestro, de sobrevivencia o invalidez, pagara la suma adicional, con el fin de financiar la prestación, inclusive la mencionada prima ya fue pagada a la aseguradora, y la parte demandada está imposibilitada para solicitar una devolución, pues la aseguradora funge como un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la demandante y Protección SA.

Respecto a la afiliación resalta que las pruebas fueron valoradas por parte del Juez de instancia, y si bien la Corte Suprema invierte la carga de la prueba a las administradoras, lo cierto es que conforme el formulario de afiliación es válido y el interrogatorio de parte se acredita que se le dio la información correspondiente, conforme los Decreto 694 y la Ley 100 de 1993, resalta que en el interrogatorio de parte, el actor insiste en que no firmó el formulario de afiliación, a pesar de la información allí relacionada, no corresponde, por lo cual en el evento en que no hubiese firmado dicho formulario, entonces el contrato no hubiese existido, y en ese evento debería escalarse a la Fiscalía General de la Nación para presentar su denuncia, pues no se puede hablar de ineficacia del traslado conforme el precedente en las múltiples sentencias que habló el Juzgado, en el que se señala que efectivamente el contrato existió, y si en la valoración de pruebas, se indica que el contrato existió, sin embargo, si se afirma que la firma no existió y consecuentemente el contrato tampoco, no se puede endilgar a Protección SA una nulidad o ineficacia del traslado, lo que quiere decir que no se pueden valorar las pruebas por un proceso de ineficacia de traslado, pues no se puede hablar de voluntad, si el demandante afirma que no firmó el formulario de afiliación, y en ese sentido se le dio un uso inadecuado al interrogatorio de parte, por lo que solicita su valoración.

Finalmente, recalca que no se le ha negado el reconocimiento de la prestación al actor, sino que se le ha indicado que tiene derecho a la prestación conforme el esfuerzo que haya hecho, lo cual siempre se le ha informado, dado el cambio de salarios en los últimos años laborales, a través de un IBL informado, pues al validar desde 1999 a 2020 y los cálculos son diferentes, y la forma de pensionarse es diferente.

Por otro lado, para la fecha de traslado del actor no se exigía la doble asesoría como lo manifiesta la Juez de instancia, pues dicha exigencia tan solo aparece regulado desde el 2016 y 2017.

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, el demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional, conforme el Art. 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se haya ejercido presión o coacción y en su lugar, tomo una decisión de afiliarse a Protección SA de manera libre, voluntaria y espontánea, y no se evidencia a lo largo del proceso, que se haya incurrido al demandante al momento de la afiliación, alguno de los vicios en el consentimiento, como error, fuerza y dolo, conforme 1508 y ss del CC y por tanto, resulta improcedente acceder a la ineficacia de la afiliación, puesto que el actor no recuerda como realizó su afiliación a Protección SA, máxime cuando se tiene en cuenta que el actor realizó el traslado en enero de 2001, fecha para la cual el demandante contaba con 41 años de edad, e incluso, manifestó en el interrogatorio indico que el ISS iba a terminarse, pero no ejerció acción alguna para conocer información alguna por parte del ISS, para tener conocimiento sobre su derecho pensional, puesto que debió realizarse previo a realizar el traslado pensional conforme el Decreto 2241 de 2010, que le impone a los consumidores financieros unos deberes, como informarse adecuadamente del sistema general de pensiones, y al tener un silencio frente a las deficiencia de la afiliación, se tomara como aceptación tácita respecto de su afiliación.

Conforme lo dispone el Art. 488 y 151 del CST y CPT y SS, tenía un término de 3 años para iniciar las acciones de nulidad para quienes sintieran alguna afectación, así como al Ley 797 de 2003 que brindó la oportunidad de quienes se sintieran vulnerados con alguno de sus derechos pensionales de retornar al RPM sin que se pueda alegar hoy un desconocimiento de la norma, conforme el Art. 9 del CC, el desconocimiento de la norma no es excusa para no cumplirla, y como quiera que se encuentra dentro de las prohibiciones de que trata el Art. 2 de la Ley 797 de 2003, el demandante para cuando presentó la acción de nulidad, en el año 2019,

ya se encontraba dentro de la prohibición de que cuando les falte 10 años o menos, no podrán trasladarse de régimen, sin dejar de lado que se encuentran prescritas iniciar las acciones tendientes a la nulidad de la afiliación, esto teniendo en cuenta que todos los actos jurídicos están sujetos de prescripción, conforme la sentencia SL16989 de 2019, por lo que estaría ratificando su decisión de mantenerse en el RAIS, y sentencia proferida por ésta Corporación No. 22-2018-702.

En el evento en que se confirme la decisión, solicita se normalice la afiliación en el sistema SYAFP, y se ordene la devolución total de aportes efectuados por el demandante, el archivo, y el detalle de los aportes del actor durante su permanencia en el RAIS.

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 COLMENA SA efectuado por el (la) señor (a) JUAN ELÍAS GÓMEZ TORRES el día 10 de noviembre 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 COLMENA SA, el 10 de noviembre de 1999, con efectividad a partir del 1º de enero de 2000, posteriormente, dada la cesión por fusión, quedó afiliado a la AFP ING a partir del 1º de abril de 2000. Finalmente, y dada la cesión por fusión quedó afiliado a la AFP PROTECCIÓN SA a partir del 31 de diciembre de 2012 (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 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 PROTECCIÓN SA (fls. 89 a 157) y Colpensiones (fls. 161 a 176). Protección SA aportó: formato de vinculación (1999), historia de vinculaciones del SIAFP, resumen historia laboral, reporte estado de cuenta fondo de pensiones obligatorias, historia laboral, respuesta derecho de petición, información historia laboral, copia acción de tutela bajo el radicado No. 12-2018-394, comunicados de prensa. 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 10 de noviembre 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 10 de noviembre de 1999, el demandante tenía 417,71 semanas (fl. 112), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 10 de marzo de 1958 f. 15) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2020 (acredita 1.442 semanas – fl. 112), 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, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

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

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, 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 COLMENA SA el 10 de noviembre de 1999, 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 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 28 de agosto de 2020 por el Juzgado 39º 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. 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. 11001310503920190027701)



DAVID A. J. CORREA STEER

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310503920190027701)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310503920190027701)



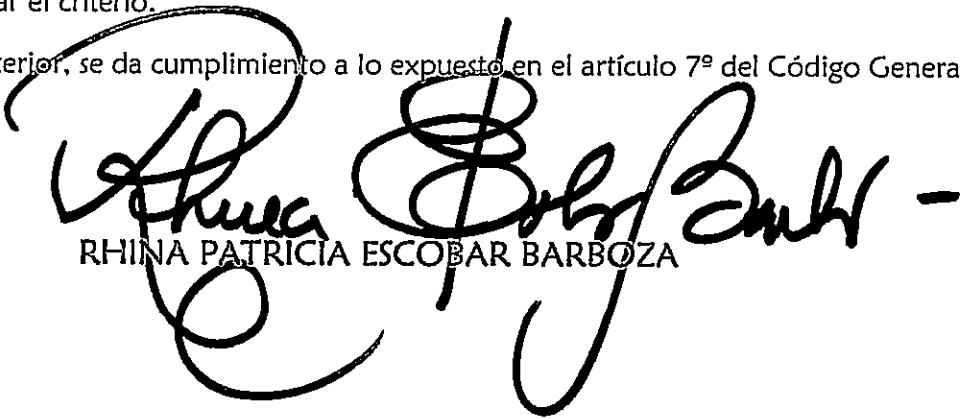
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	JUAN ELÍAS GÓMEZ TORRES
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	11001310503920190027701
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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 11-001-31-05-039-2019-00277-01. .

JUAN ELIAS GOMEZ TORRES contra **COLPENSIONES Y OTROS.**

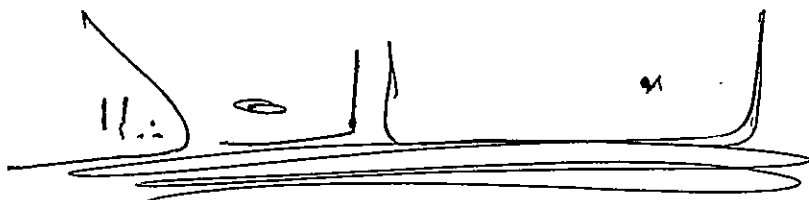
Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala, por las razones que a continuación explicaré:

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 ineficacia 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 también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, overlapping loops and lines, positioned above the printed name.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 22-2018-00622-01

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

DEMANDANTE: SYLVIA RUIZ MAHECHA
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 22° Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de julio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de Colpensiones (folio 115 a 120) y Porvenir (fls. 132 a 139) 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) SYLVIA RUIZ MAHECHA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 32 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad del traslado de régimen que realizó SYLVIA RUIZ MAHECHA, el 27 de junio de 1998, de Colpensiones a Porvenir SA.
- Ordenar a la AFP Porvenir SA trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, y bonos pensionales a favor de SYLVIA RUIZ MAHECHA.
- Ordenar a Colpensiones realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen aprobado el 27 de junio de 1998, de Colpensiones a la AFP Porvenir SA de SYLVIA RUIZ MAHECHA.
- Ordenar a Colpensiones a recibir en esa administradora sin solución de continuidad a la demandante SYLVIA RUIZ MAHECHA.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 57 a 83) y PORVENIR SA (fls. 62 a 150), de acuerdo al auto visible a folio 151. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 22° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 17 de julio de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por la señora SYLVIA RUIZ MAHECHA al RAIS, acaecido el 27 de julio de 1998. **ORDENÓ** a Porvenir SA, fondo al que se encuentra afiliada la señora SYLVIA RUIZ MAHECHA a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. **DECLARÓ NO PROBADA**

las excepciones propuestas por las demandadas. **COSTAS** a cargo de Porvenir SA, incluyendo como agencias en derecho, la suma de \$1.000.0000.

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 Porvenir SA, teniendo en cuenta que, efectivamente hay una responsabilidad de Porvenir SA respecto de información, deber que si se le dio a la actora, si se tiene en cuenta que para el año 1999, cuando se afilió a Porvenir SA, un año después del traslado de régimen, efectivamente está el formulario, se encuentra totalmente diligenciado, incluso con la firma del asesor, pues lo que se pretende que si efectivamente la información se dio, y todo el formulario no esta tachado de falso, pues efectivamente para ese momento justo era que debía haber realizado su retorno al RPM, toda vez que en ese momento si se encontraba dentro de la posibilidad de retornar a dicha administradora, si bien es cierto, Horizonte y Porvenir SA actuó de buena fe, no se le puede endilgar a Porvenir SA una falta al deber de información de una administradora, que para ese momento, era totalmente independiente, diciendo que Porvenir SA no ha cumplido con la carga de la prueba, pues la carga de la prueba esta dada, mas aún al año siguiente de haberse trasladado, en vez de trasladado a Porvenir SA, al haber notado la inconformidad, o la mala asesoría en esa época, lo que debió haber hecho la accionante, es haber retornado al RPM y no haberse traslado a Porvenir SA, fondo que en virtud de las normas que para ese momento regían, se ha venido aclarando, que quiere decir que Porvenir SA no ha incurrido en ninguna falta, pues si cumplió en esa norma del momento del traslado.

Con este tipo de fallo, en donde se condena a Porvenir SA, y se declara la nulidad por falta de información, se sataniza, pues se ordena una devolución de gastos de administración que están consagrados en la Ley 100 de 1993, al igual que en el Art. 7 de la Ley 797 de 2003, gastos administración que se cobran en el RPM como en el RAIS, entonces satanizar una afiliación a un fondo de éstos y condenar a devolver dichos valores, efectivamente esta atentando contra el sostenimiento financiero, porque ambos regímenes, tan pronto reciben los aportes, están obligados a descontar del 3%, en cada uno de ellos, no es el 3% en Porvenir SA, y otro porcentaje en el RPM, ambos regímenes tienen la misma obligación de descontar éste porcentaje, para que en el fondo privado se paga por la gestión, incrementa la cuenta de ahorro individual, porque en el RPM ese 3% si llegara a generar algunos

rendimientos, van a la cuenta común de los afiliados, no a la cuenta individual, como en este caso sucede, y con este tipo de condenas se está satanizando al RAIS.

Se condena a costas por el traslado del régimen, cuando el traslado de régimen no fue realizado por Porvenir SA, sino que fue con Horizonte, máxime si se tiene en cuenta que el formulario de afiliación a Porvenir SA no esta tachado, y se realizó en virtud del Art. 102 de la Ley 100 de 1993, que indica que los asesores no pueden desestimar ningún tipo de afiliación, cuando la persona cumple los requisitos para cambiar de administradora o régimen. En cara al estatuto civil, la nulidad de la afiliación, al realizar un traslado horizontal, esta ratificando su decisión de mantenerse en el RAIS, mas aun cuando no se vislumbra ninguna causal para declarar la nulidad. El asesor debió brindar características, no ventajas o desventajas, como lo afirma el Juez de instancia, de lo contrario permitiría afirmar que el legislador creo un régimen desfavorable para un afiliado, cuando lo cierto es que la Corte Constitucional en sentencia C 538 de 1996 lo consideró ajustado a los mandatos constitucionales, luego no se puede ajustar que esta administradora faltó a su deber de información, por cuando no informó las ventajas y desventajas de traslado, pues los fondos privados garantizan las prestaciones de invalidez, vejez y muerte y adicionalmente, para ese momento histórico la demandante no perdió ni ningún beneficio, pues no tenía un derecho pensional consolidado, pues si bien es cierto que superada la edad de 35 años, según la Ley 100 de 1993, para esa misma fecha no lograba acreditar los 15 años de servicio.

Si se confirma la sentencia, se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y de la demandante, ya que esos valores ya se encuentran debidamente causado.

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 demanda, teniendo en cuenta que, se esta satanizando las afiliaciones al RAIS, pues a todas luces lo que pretende la actora es solo mejorar su mesada pensional, pues la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la falta del deber de información no tiene nada que ver con el valor de la mesada pensional de la demandante a futuro, toda vez que para la época del traslado era imposible conocer cual iba a ser su mesada pensional, era imposible saber que régimen le iba a convenir mas, toda vez que el valor de su mesada pensional en el RAIS e incluso en el RPM difiere por el número de semanas cotizadas, ingresó a hacer cotización y edad, y es unos requisitos genéricos para todo el régimen de pensiones, no solo para el RPM, es decir, si la demandante hubiera seguido en el ISS, para ésa época era imposible saber cual iba a ser su mesada pensional,

que pasaría si la actora hubiera seguido en el RPM y fuera menor que la que recibiría en el RAIS dados los rendimientos, en ese supuesto, no se ha considerado ningún fundamento en derecho acerca de eso. Colpensiones inicia apelando la sentencia, atacando directamente del precedente jurisprudencial para el caso en concreto.

Por otro lado, el Despacho no realizó el debido estudio integral acerca del momento en el cual estudia específicamente el traslado, es el momento de la afiliación. Colpensiones no puede responder por las consecuencia de negocios jurídicos celebrados por terceros, la demandante señala que su afiliación y traslado a Horizonte para esa época se debió a un consejo laboral, para lo cual Colpensiones no intervino, ni debe responder por ninguno de estos actos, ni tampoco la sentencia debería estar encaminada a condenar a la entidad que represento, toda vez que las condenas de nulidad e ineficacia, esta generando una descapitalización flagrante, y en ese sentido, una pacífica y reiterada jurisprudencia no puede estar por encima de principios generales del derecho, incluso principios constitucionales, que aduce la Juzgadora.

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 HORIZONTE SA efectuado por el (la) señor (a) SYLVIA RUIZ MAHECHA el día 27 de junio 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 27 de junio de 1998, con efectividad a partir del 1 de agosto de 1998. Posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA el 5 de abril de 1999, efectiva a partir del 1º de junio de 1999 (fl. 113 Vto.).

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 mas 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. 57 a 83) y PORVENIR SA (fls. 62 a 150). Colpensiones aportó: no aportó ningún documento. Porvenir SA aportó: certificado de vinculación, formato afiliación (1998), relación histórica de movimientos Porvenir SA, relación de aportes, historia laboral consolidada, sábana de bono pensional, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 27 de junio 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)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 27 de junio de 1998, la demandante tenía 690 semanas (fl. 135), 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, 36 años (nació el 10 de diciembre de 1958, fl. 2) y al seguir cotizando al cumplir 57 años de edad en el año 2015, como en efecto lo hizo, actualmente (tiene actualmente 1.770 semanas – fl. 135), 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.

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 27 de junio 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 EN 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 DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de julio de 2020 por el Juzgado 22º 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. 11001310502220180062201)



DAVID A. J. CORREA STEER

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310502220180062201)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310502220180062201)



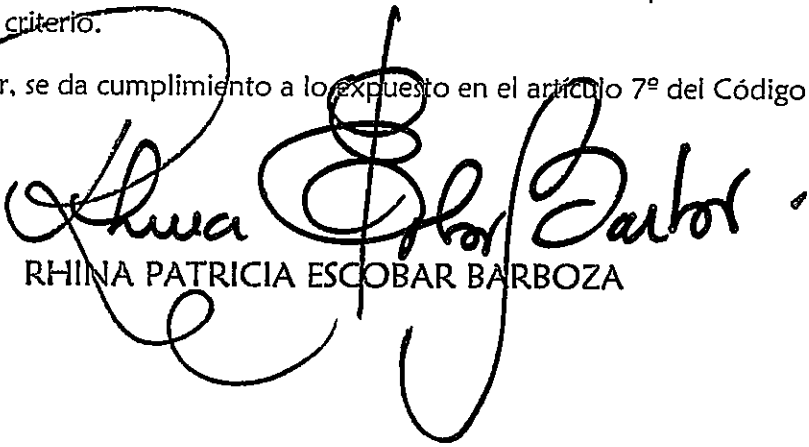
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	SYLVIA RUIZ MAHECHA
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	11001310502220180062201
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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 11-001-31-05-022-2018-00622-01.

SYLVIA RUIZ MAHECHA contra COLPENSIONES Y OTROS.

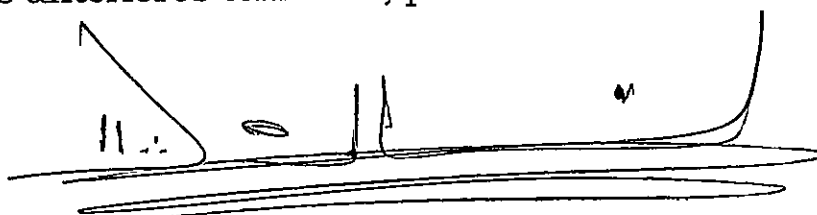
Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala, por las razones que a continuación explicaré:

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 ineficacia 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 también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and strokes, positioned above the printed name.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 04-2019-00426-01

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

DEMANDANTE: GERMAN BOTERO ARBOLEDA
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 (Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de junio 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 277 a 280) y Porvenir SA (folios 300 a 302) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 25 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) GERMAN BOTERO ARBOLEDA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 y 5 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

- La nulidad de la vinculación del señor GERMAN BOTERO ARBOLEDA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a la AFP Porvenir SA para marzo de 1997 por cuanto existió error de hecho que vició el consentimiento del demandante.
- Que el demandante nunca ha efectuado un traslado válido al RAIS.
- Que la entidad a la que legalmente se encuentra afiliado el señor GERMAN BOTERO ARBOLEDA es Colpensiones.

Condenatorias:

- A la AFP Porvenir SA, a registrar en su sistema de información que el demandante GERMAN BOTERO ARBOLEDA no efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora, por la indebida información suministrada al momento de la afiliación, que causó un vicio en su consentimiento.
- A Colpensiones a registrar y activar la afiliación del señor GERMAN BOTERO ARBOLEDA.
- A Colpensiones a actualizar en la historia laboral del señor GERMAN BOTERO ARBOLEDA las cotizaciones efectuadas en el RAIS.
- A Porvenir SA a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual GERMAN BOTERO ARBOLEDA que consisten en bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 84 a 91) y AFP PORVENIR SA (fls. 119 a 199), de acuerdo al auto visible a folio 201. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 4° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 19 de junio de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación que hiciere el demandante GERMAN BOTERO ARBOLEDA, al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, que en su caso administra el Fondo de Pensiones Porvenir SA, para tenerlo como válidamente afiliado a Colpensiones. **CONDENÓ** a la AFP Porvenir SA a trasladar

a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, **ORDENÓ** a Colpensiones a aceptar el traslado del actor, al Régimen de Prima Media con prestación definida. **COSTAS** a cargo de Porvenir SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV.

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 accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que, la afiliación voluntaria que efectuó el demandante para el año 1997 al RAIS está contemplada en el Art. 1495, es decir, esta acción generó obligaciones para ambas partes, no solo para la AFP, decisión que fundamenta en Decreto 2241 de 2010, en donde establece que también el consumidor financiero debe contar con cierta asesoría y conocimiento al momento de efectuar el traslado de diferentes regímenes, el demandante no tuvo interés de trasladarse a Colpensiones, solo hasta 2018, por eso, en esa medida no puede imponérsele la carga a Colpensiones, porque no solamente afectaría el principio de sostenibilidad financiera, sino porque afecta el principio de la relatividad de los principios jurídicos, esto por cuanto fue un negocio jurídico que se celebró entre partes, está afectando los intereses del sistema pensional. Adicionalmente, la sentencia 1452 de 2019 establece que no se exonera al afiliado de concurrir a una asesoría, en el caso particular, encontramos una falta de diligencia por parte del demandante, en su interés expectativa pensional, que solamente le vino a surgir en el año 2018, cuando ya estaba incurso en la prohibición de trasladarse, y cuando ya había contratado una asesoría particular que demostraba que su pensión era más favorable en el RPM.

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 accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que, en primer lugar, correspondiente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, la solicitud de la demanda se hizo sobre la nulidad de traslado de régimen pensional, lo que se evidencia en el presente fallo es que el Juzgado tomó a lo que corresponde a una ineficacia de traslado pensional, figuras jurídicamente diferentes y que no corresponden a los mismos efectos. Sobre el primero, manifiesta que si se pretendía una nulidad de traslado, no se encuentra acreditadas probatoriamente dentro del presente proceso, cuales fueron la causal de

nulidad que se intenta hacer valer, toda vez que si se hiciera un estudio de cada uno de los elementos que compone, este negocio jurídico se llegaría a las conclusiones: el objeto del negocio jurídico celebrado es completamente válido, lícito, en la medida que se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993, en lo que corresponde a la causa, también, porque dicha causa se encuentra regulada y no corresponde a ninguna finalidad ilegal, en lo que corresponde a la capacidad, conforme la prueba allegada con la demanda, y con la fecha en que se suscribió el formulario, para la época tenía 42 años de edad, con lo cual se presume que era capaz para la celebración de ese negocio jurídico y con lo que corresponde al consentimiento, se debe tener en cuenta que, la parte demandante no desplegó que permitiera concluir que existió un vicio en el consentimiento, pues el actor manifiesta que fue de manera voluntaria, con lo cual no hay fuerza, error ni tampoco, pues sabía la sustancia del acto que estaba celebrando, no se evidencia que hubiese manifestado en ninguna parte que tenía desconocimiento del acto jurídico que estaba celebrando y tampoco manifiesta que hubiese tenido otra situación que afectara en nulidad, el negocio jurídico. Ahora bien, si lo que corresponde es la ineficacia del traslado, del cual se aparta, pues no se pidió en la demanda, tampoco se encuentra probada la ineficacia del traslado del régimen pensional, pues el Art. 13 – b de la Ley 100 de 1993, así como el Art. 271 de la misma norma afirman que la ineficacia se predica cuando hay un atentado contra la voluntad de selección del régimen pensional del afiliado, situación que no se encuentra acreditada en el plenario, pues del interrogatorio de parte señaló que lo hizo de manera voluntaria, y que además se benefició de las características que le presentaba el RAIS, lo cual permitió sacar provecho de beneficios tributarios. Igualmente, esos actos que generan relacionamiento, así como el cambio de contraseñas, solicitud de información, diligencias que se realizan ante la AFP para solicitar actualización de historia laboral, generan actos de relacionamiento, fundamentado en la sentencia SL52704 de 2018. En tal medida, en caso que su voluntad no haya sido mantenerse en el RAIS, con esos actos posteriores, ratificó su voluntad de mantenerse en el RAIS. Al no ser beneficiario del régimen de transición, no hay una expectativa pensional, más favorable que la que le pudiera representar el RPM, tal cual como lo describe la Ley 100 de 1993, ni tampoco lo que manifestaba el RAIS, por lo que mantener la tesis, que no era beneficioso alguno de los dos regímenes, riñe con lo que ha dicho las altas cortes. Porvenir cumplió con el deber de informar, a través de la publicación en el periódico de amplia circulación.

En segundo lugar, respecto de la devolución de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, una condena que implique la devolución de los gastos de administración, genera una violación del principio de

las restituciones mutuas, en la medida que los gastos de administración ya se han venido consumiendo, estos gastos de administración que han mantenido y que se han descontado de la cuenta del demandante, por 23 años, han tenido la función de remunerar la función que cumple Porvenir, y que le genera rendimientos financieros a la cuenta de ahorro individual, en tal medida, si se sostiene que se deben restituir esos gastos, en principio además de violar esta normativa, se estaría reconociendo que no generó rendimientos financieros, situación que a todas luces es contraria con la documental que se aportó en el escrito de contestación de demanda y que se tuvo en cuenta como prueba, con fundamento del concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 15 de enero de 2020, en el que hace una referencia o ilustra cuales son los efectos de la declaratoria de la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Finalmente, en relación a la condena en costas, al desestimar a las pretensiones, tampoco sería procedente la condena en costas en contra de Porvenir.

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) GERMAN BOTERO ARBOLEDA el día 27 de febrero 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 Porvenir SA, el 27 de febrero de 1997, con efectividad a partir del 1º de abril de 1997 (fl. 153).

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 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. 84 a 91) y AFP PORVENIR SA (fls. 119 a 199). Colpensiones no aportó ninguna prueba documental. Porvenir SA aportó: formato de vinculación (1999), formato de confirmación de afiliación y documentos, formato de actualización de información, respuesta derecho de petición, historia de vinculaciones del SIAFP, certificación de afiliación, relación de aportes, relación histórica de movimientos Porvenir SA, resumen historia laboral, sábana de bono pensional, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 27 de febrero 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)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 27 de febrero de 1997, el demandante tenía 604 semanas (fl. 38), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 38 años (nació el 16 de mayo de 1956, fl. 34) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2018 (acredita 1.534 semanas – fl. 38), 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, 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 27 de febrero 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 PRIMERA INSTANCIA:

Finalmente el apoderado de la parte demandada (PORVENIR SA) 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 19 de junio de 2020 por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá.

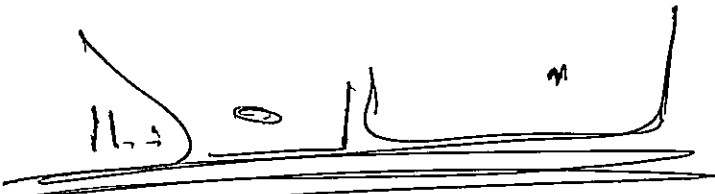
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias

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. 11001310500420190042601)



DAVID A. J. CORREA STEER
ACLARACION DE VOTO
(Rad. 11001310500420190042601)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
ACLARACION DE VOTO
(Rad. 11001310500420190042601)



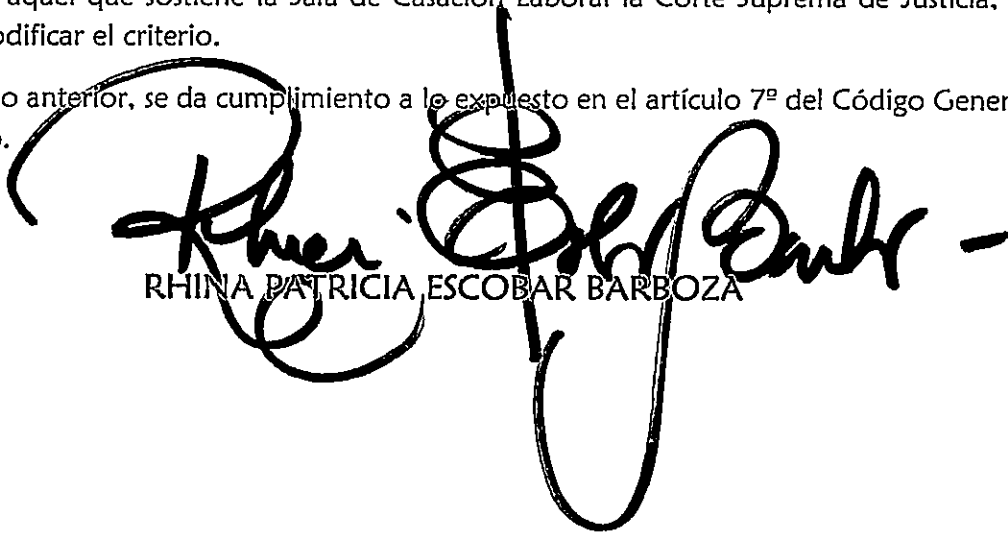
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	GERMÁN BOTERO ARBOLEDA
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	11001310500420190042601
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

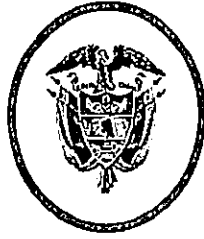
ACLARACIÓN DE VOTO

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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 11-001-31-05-004-2019-00426-01.

GERMAN BOTERO ARBOLEDA 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 ineficacia 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 también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, flowing letters that appear to read 'D. A. J. C. S.' followed by a long horizontal stroke.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 39-2019-00064-01

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

DEMANDANTE: JAVIER ERNESTO MATTA IBARRA
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 39° Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 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 de la parte demandante (fls.163 a 169), Porvenir SA (folios 188 a 195), así como Colpensiones (folio 172 a 174) 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) JAVIER ERNESTO MATTA IBARRA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a

folios 6 y 7 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

- La nulidad de la afiliación del señor JAVIER ERNESTO MATTA IBARRA a la AFP Porvenir SA 27 de julio de 1999, por medio de la cual se trasladó del régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por el entonces ISS hoy Colpensiones al RAIS.
- Declárese la libertad del señor JAVIER ERNESTO MATTA IBARRA de afiliarse al RPM al declararse la nulidad de la afiliación a Porvenir SA.

CONDENATORIAS:

- A Colpensiones a recibir al señor JAVIER ERNESTO MATTA IBARRA como afiliado cotizante.
- A la AFP Porvenir SA a liberar de sus bases de datos al señor JAVIER ERNESTO MATTA IBARRA, y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JAVIER ERNESTO MATTA IBARRA, 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. 129 a 151) y Colpensiones (fls. 94 a 111), de acuerdo al auto visible a folio 153. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 39° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 13 de agosto de 2020, **DECLARÓ** que el traslado que hizo el señor JAVIER ERNESTO MATTA IBARRA del RPM al RAIS, con efectividad a partir del 29 de julio de 1999, a través de la AFP Porvenir SA, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del RPM, por ende también es ineficaz la afiliación hecha al interior del RAIS. **CONDENÓ** a Porvenir a que transfiera las sumas de dinero que obren en la cuenta de la

demandante, las comisiones que recibió por haber administrado los dineros, junto con los valores correspondientes a rendimientos, comisiones por administración, sin que se le haga descuento alguno por conceptos que haya pagado por seguros de pensión de invalidez y sobrevivientes, todo remitido al régimen de prima media administrado por Colpensiones. **ORDENÓ** a Colpensiones recibir los dineros de que tratan los numerales anteriores, y reactive la afiliación de la demandante al RPM sin solución de continuidad. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas. **AUTORIZÓ** a Colpensiones para que inicie las actuaciones civiles y administrativas a que haya lugar, para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara en esta audiencia. **COSTAS** a cargo de Porvenir SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.790.000.

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 Porvenir SA, teniendo en cuenta que, frente al criterio normativo y criterio jurisprudencial que adopta la Juzgadora de primera instancia, para declarar la ineficacia del régimen, lo cierto es que se está dejando de lado, y si bien es importante la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia, antes de adoptarse, y desde el mismo criterio constitucional, la misma debe tenerse como un criterio auxiliar, cuando existe un aspecto legal o incluso por jurisprudencial constitucional, y en estos procesos que tratan sobre puntos de derecho, está más que claro que el legislador en su Art. de la Ley 797 de 2003 reiteró la prohibición que le asiste a los afiliados de trasladarse de régimen pensional cuando están dentro de los 10 años a cumplir su edad de pensión, y la misma Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma, velando por el interés general y no particular, como se está viendo en este tipo de procesos. En ese sentido, se está dejando de lado el criterio constitucional y legal, pero en lo que tiene que ver con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema, sí es importante analizar cada caso en particular, pues no puede hablarse de una doctrina probable, porque para que se hable de una doctrina probable, tendríamos que estar frente a unos mismos supuestos de hecho, y en ese sentido, la jurisprudencia que se hace mención la juez, habla de personas que son beneficiarias del régimen de transición, así sea por edad, y el criterio de las sentencias de tutela, no hace un efecto sino *interpartes*, sino la Sala del Tribunal de Bogotá, sigue revocando los fallos de primera instancia, considerando que se está llevando más allá de lo que exigía la Ley a las administradoras para el momento del Traslado. En ese sentido, para el caso del demandante, nos encontramos en la primera etapa y a la AFP Porvenir le asistía la

obligación indicarle al afiliado si estaba renunciando a algún derecho prestacional, es decir, si al momento de su vinculación al RAIS fuese beneficiario del régimen de transición, conllevaría un perjuicio, es lo que se ha evidenciado de la jurisprudencia, pues no es lo mismo que una persona que tenga régimen de transición, porque las expectativas van a ser diferentes, sin dejar de lado el deber de información, y en este caso, el demandante no tenía perjuicio si se trasladaba de régimen, pues para la fecha del traslado no tenía ninguna circunstancia especial que pudiera verse afectado, por lo que se encontraba en total libertad de realizar el traslado de régimen, toda vez que la Ley 100 de 1993 lo facultaba para hacerlo, y así lo realizó al suscribir el formulario de afiliación, que era lo que acreditaba por escrito su voluntad, lo que se le exigía en ese momento, cumpliendo con el deber de información, no puede hablarse de criterios ventajosos o desventajosos, en esa misma línea, realizar un traslado de la carga de la prueba, no se ajusta a frente a lo que se viene argumentando, porque no estamos frente a las mismas circunstancias que ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia, con personas que ya tenían derechos adquiridos al momento del traslado, tales como el régimen de transición, entre otros aspectos.

Por lo anterior, es válido el traslado de régimen efectuado por el actor, conforme los requisitos exigidas a las administradoras de pensiones, resulta desproporcionado la condena impuesta a Porvenir, a la devolución de los gastos de administración, pues por un lado se está desconociendo la naturaleza propia del régimen de ahorro individual, y la facultad que le exige el Art. 13 y 20 de la Ley 100 de 1993 que le dio para cobrar estos gastos de administración, frente a lo destinado a la prima de seguros, que estuvo cobijado el actor, y ese tipo de devolución de gastos, se reprocha porque no existió un perjuicio para condenar a Porvenir.

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, el demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional, conforme lo dispone el Art. 13 de la Ley 797 de 2003, sin que se haya ejercido coacción o presión alguna, sin embargo, en su lugar, fue su decisión de afiliarse a la AFP Porvenir SA, fue libre y espontánea, como quiera que el actor solo hasta hace 3 años, tuvo la intención de retornar al RPM sin que se haya acercado a alguna oficina de la AFP Porvenir SA o de Colpensiones, como quiera que realizó sus aportes, sin presentar alguna reclamación o solicitud previa a cumplir los requisitos dispuestos en el Art. 2º de la Ley 797 de 2003, que dispuso que el afiliado no podrá trasladarse cuando le faltare menos de 10 años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y

adicionalmente, también se dispuso en la Ley 797 de 2003, un plazo de gracia para aquellos que sintieran que les vulneraran sus derechos al momento del traslado de régimen de pensional, y el demandante no hizo ninguna solicitud, no presentó requerimiento alguna que llevara a pensar que el demandante tenía alguna intención para retornar al RPM, por tanto, no se encuentra que haya existido algún vicio o inconsistencia al momento de su afiliación, y como quiera que ha transcurrido más de 10 años desde el momento de su afiliación, ya se encontraría prescrita para realizarla, conforme los Arts. 1550 del CC, 488 CST y 151 del CPT y SS, toda vez que ya han transcurrido más de 4 años desde la afiliación inicial y para iniciar las acciones laborales, ya ha transcurrido más de 3 años, sin que se haya hecho uso de éste derecho, trayendo a colación la Sentencia SL1689 Rad. 65761 del 18 de mayo de 2019.

En el evento en que se confirme la sentencia, se solicita se actualice los datos en el sistema SYAFP, y se ordene la devolución de los gastos de administración, remita archivos y demás datos durante el tiempo de permanencia en el régimen de ahorro individual.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señor (a) JAVIER ERNESTO MATTA IBARRA el día 29 de julio 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 29 de julio de 1999 (fl. 29).

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. 129 a 151) y Colpensiones (fls. 94 a 111). PORVENIR SA aportó: comunicados de prensa. 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 29 de julio 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 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 29 de julio de 1999, el demandante tenía 339 semanas (fl. 38), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 24 de febrero de 1957 – fl. 28) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2023 (acredita 1.329 semanas – fl. 38), 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, 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 29 de julio de 1999, 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 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 13 de agosto de 2020 por el Juzgado 39º Laboral del Circuito de Bogotá.

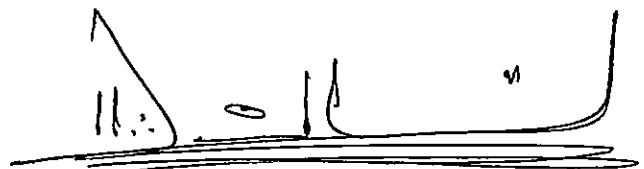
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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. 11001310503920190006401)



DAVID A. J. CORREA STEER

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310503920190006401)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
ACLARACION DE VOTO
(Rad. 11001310503920190006401)



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

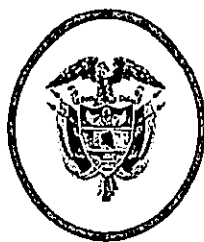
Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	JAVIER ERNESTO MATTA IBARRA
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	11001310503920190006401
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 11-001-31-05-039-
2019-00064-01...**

JAVIER ERNESTO MATTA IBARRA 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 ineficacia 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 también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, overlapping loops and strokes, positioned above the printed name.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 11-2018-00587-01

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

DEMANDANTE: MANUEL FRANCISCO SILGADO BERNAL
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
ASUNTO: APELACIÓN PARTE DEMANDADA (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) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 11° Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 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 Colpensiones (folio 185 a 190) presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 4 de diciembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) MANUEL FRANCISCO SILGADO BERNAL instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA, debidamente sustentada como aparece

a folios 4 y 5 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

- Declarar la existencia del vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación del señor MANUEL FRANCISCO SILGADO BERNAL a la AFP Colfondos SA.
- Declarar como consecuencia la nulidad o invalidez del acta o formulario de afiliación suscrito por el señor MANUEL FRANCISCO SILGADO BERNAL, mediante el cual se afilió al RAIS a cargo de Colfondos SA.
- Que para todos los efectos, se declare que el señor MANUEL FRANCISCO SILGADO BERNAL continúe afiliado al RPM administrado por Colpensiones.
- Que para efectos pensionales, Colfondos SA realice la devolución de los aportes cotizados por el señor MANUEL FRANCISCO SILGADO BERNAL al RPM administrado por Colpensiones.
- Que Colpensiones reciba la afiliación del señor MANUEL FRANCISCO SILGADO BERNAL, ya que es la encargada de administrar el RPM.

Condenatorias:

- A Colfondos SA a efectuar nula o inválida el acta o formulario de afiliación suscrito por el señor MANUEL FRANCISCO SILGADO BERNAL, mediante la cual se trasladó al RAIS.
- A Colpensiones a recibir en calidad de afiliado al señor MANUEL FRANCISCO SILGADO BERNAL.
- A Colfondos SA a realizar la devolución de los aportes hechos por el señor MANUEL FRANCISCO SILGADO BERNAL al RAIS a Colpensiones.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 101 a 125) y AFP COLFONDOS SA (fls. 146 a 154), de acuerdo al auto visible a folio 169. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 11° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 30 de junio de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del ciudadano MANUEL FRANCISCO SILGADO BERNAL a la AFP Colfondos SA suscrita en el año 1997.

DECLARÓ que para todos los efectos legales, el señor MANUEL FRANCISCO SILGADO BERNAL nunca se trasladó al RAIS, y por lo tanto, siempre permaneció en el RPM. CONDENÓ a la AFP Colfondos SA, sociedad con la cual el actor mantiene vigente su afiliación, trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante MANUEL FRANCISCO SILGADO BERNAL aportes tales como cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, gastos de administración cobrados, sumas adicionales que se hubieren solicitado, gastos de administración cobrados, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil. **ORDENÓ** a Colpensiones admitir el traslado del demandante MANUEL FRANCISCO SILGADO BERNAL con sus aportes al RPM. DECLARÓ NO PROBADO los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva, en especial la excepción de prescripción. **COSTAS** a cargo de Colfondos SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

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 que, sobre la prohibición legal, al momento de solicitud de retorno al RPM, esto es, el 20 de diciembre de 2017, el demandante contaba con 60 años, pues nació el 16 de mayo de 1957, encontrándose en una prohibición legal establecida en el Art. 2º de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el Art. 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un año de vigencia de dicha Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para obtener derecho a la pensión.

Respecto de la no acreditación de los vicios del consentimiento, dentro del expediente no obra documento alguno que demuestre algún vicio del consentimiento establecido en el Art. 1740 del CC, esto es, error, fuerza o dolo, por lo que el presente proceso versa sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico celebrado entre el demandante y Colfondos, por no tratarse de un error de nulidad, que es aquel por encima afecta la validez del acto jurídico y no condena la anulación o rescisión judicial. No obstante, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el Art. 1750 del CC, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará 4 años, los cuales se contarán en el caso de error o dolo, el día de la celebración del acto o contrato y si el traslado del régimen se hizo en junio de 1997, según se

desprende de los documentos acompañados de la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes del año 2001, debe igualmente el Despacho tenerse en cuenta que existió ratificación expresa o tácita que sanea el presunto vicio del contrato, y en el presente asunto, el demandante saneó la nulidad por la ratificación tácita que dispone el Art. 1754 ibídem, al ejecutar de manera voluntaria, lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento, ello se tiene en cuenta que el demandante que durante todo este tiempo, por más de 21 años, ha autorizado los descuentos respectivos con destino al RAIS.

En relación a la carga de la prueba, en el presente caso no existe prueba que acredite si existió o no algún vicio del consentimiento, entendido como el deber de información, sin embargo la Corte Suprema de Justicia, en aplicación del Art. 1754 del CC, en cuanto a la responsabilidad del deudor, sin embargo, pese a que la alta Corporación no aplica las demás normas del CC, no analiza quien es el deudor y quien es el acreedor en un contrato de afiliación, pues es el afiliado quien ve en el fondo sus cotizaciones, y que solo hasta se pensiona, se invierte las partes, por el cual el fondo de pensiones no es a quien le compete la carga de la prueba.

Por otro lado, respecto del deber de la información, la Corte Suprema de Justicia utiliza como norma como aplicación del deber de información el Decreto 663 de 1993, sin embargo, ese deber solo se materializó con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento de afiliación, para probar el consentimiento libre y voluntario, sin presiones y el aceptación del afiliado, respecto de la traslado.

En lo que tiene que ver con la descapitalización del sistema, en sentencia 1024 de 2004, SU 062 de 2020, SU 130 de 2010, en materia de traslado manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costas de los recursos de los otros afiliados, dado que el régimen solidaria de prima media se descapitalizaría, declaración que justifica la ineficacia del traslado de un afiliado, afectaría la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás 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 Colfondos SA efectuado por el (la) señor (a) MANUEL FRANCISCO SILGADO BERNAL el día 19 de mayo de 1997; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Colfondos SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos SA, el 19 de mayo de 1997, con efectividad a partir del 1º de julio de 1997 (fl. 157).

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 válido su traslado.

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

3-Finalmente, ha de traer a colación 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 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. 101 a 125) y AFP COLFONDOS SA (fls. 146 a 154). Colpensiones aportó expediente administrativo del demandante. Colfondos SA aportó: sábana de bono pensional, historia de vinculaciones del SIAFP, historia laboral, certificación de afiliación y comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 19 de mayo 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 19 de mayo de 1997, el demandante tenía 401,48 semanas (fl. 28), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 16 de mayo de 1957, fl. 49) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, en el año 2019 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 Colfondos SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, 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 COLFONDOS SA el 19 de mayo 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: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 30 de junio de 2020 por el Juzgado 11º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

(Rad. 11001310501120180058701)



DAVID A. J. CORREA STEER

ACLARACION DE VOTO

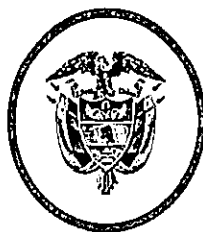
(Rad. 11001310501120180058701)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310501120180058701)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 11-001-31-05-011-2018-00587-01.

MANUEL FRANCISCO SILGADO BERNAL 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 ineficacia 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 también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, connected letters that appear to read 'D.A.J. CORREA STEER'.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 24-2018-00591-01

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

DEMANDANTE: EMMA LUCIA PINZÓN RESTREPO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO: APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y DEMANDADA
(PROTECCIÓN SA, 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 demandante y demandada (Protección SA, Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de octubre 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 214 a 215), así como Colpensiones (folio 218 a 221) y Porvenir SA (folios 203 a 211) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de noviembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) EMMA LUCIA PINZÓN RESTREPO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN SA y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad o ineficacia del traslado de la señora EMMA LUCIA PINZÓN RESTREPO del RPM al RAIS, como consecuencia de la indebida asesoría al momento de dicho traslado.
- Declarar nula o ineficaz la afiliación inicial de la señora EMMA LUCIA PINZÓN RESTREPO a PROTECCIÓN SA
- Declarar nula o ineficaz la afiliación inicial de EMMA LUCIA PINZÓN RESTREPO a PORVENIR SA.
- Como consecuencia de lo anterior, declarar que para todos los efectos jurídicos se entenderá que la parte actora nunca abandonó el régimen de prima media con prestación definida.
- Ordenar a PORVENIR SA, en la que actualmente se encuentra afiliada la demandante, a la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero que componen la cuenta de ahorro individual de la señora EMMA LUCIA PINZÓN RESTREPO incluyendo aportes, bono pensional y rendimientos, así como las sumas adicionales recibidas por concepto de administración y otros valores pagados con ocasión de su permanencia en el RAIS.
- Ordenar a COLPENSIONES, reactivar la afiliación de la señora EMMA LUCIA PINZÓN RESTREPO considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
- Ordenar a COLPENSIONES actualizar y corregir la historia laboral de la señora EMMA LUCIA PINZÓN RESTREPO, como si nunca se hubiese cambiado de régimen y ponerla a disposición de la parte demandante.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 68 a 73), PROTECCIÓN SA (fls. 75 a 94) y AFP PORVENIR SA (fls. 120 a 126), de acuerdo al auto visible a folio 157. 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 15 de octubre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación que hizo la señora EMMA LUCIA PINZÓN RESTREPO, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA el 21 de febrero de 1995. **DECLARÓ** que para todos los efectos legales la señora EMMA LUCIA PINZÓN RESTREPO nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, más bien, siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA. **ORDENÓ** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora EMMA LUCIA PINZÓN RESTREPO, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, ello significa que se debe trasladar todo lo que tenga la demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración. **ORDENÓ** a la AFP PROTECCIÓN SA a trasladar a COLPENSIONES lo que haya deducido de los aportes a pensiones que haya efectuado a la demandante por concepto de gastos de administración. **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir a la señora EMMA LUCIA PINZÓN RESTREPO como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros que le deba trasladar de la AFP PROTECCIÓN SA. **DECLARÓ NO PROBADA** la excepción de prescripción. Sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante**, interpuso recurso de apelación parcialmente en contra de la sentencia proferida en primera instancia, en lo que tiene que ver con las costas que no se impusieron a las demandadas, pues conforme lo dispone el CPT y SS y el CGP, ésta condena se impone en los eventos en que una de las partes sea vencida dentro del proceso, razón por la cual no son de recibo la argumentación que presenta la Juez, pues a pesar del tema que nos ocupa, sí es cierto la mora que ejercieron las demandadas en acceder a las pretensiones aquí incoadas, que no están soportadas jurídicamente en el traslado de la demandante.

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 nieguen las pretensiones incoadas en la demanda, en lo que tiene que ver con los gastos de administración por el tiempo que la demandante estuvo afiliada con Protección SA, en atención que están divididos en la prima de comisión y el seguro previsional, los cuales se encuentran autorizados por el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Art. 7 de la Ley 797 de 2003, lo cual faculta a las administradoras para descontar el 3% sobre el 16% de la cotización del afiliado al Sistema General de Pensiones, el mencionado descuento, se usa para pagar los gastos de administración, así como el seguro previsional, y opera en ambos regímenes, tanto en el RAIS como en el RPM, obra como prueba el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, donde se demuestra que sus aportes tuvieron unas ganancias generosas, los cuales fueron debidamente administrados por Protección SA. En ese sentido, al ordenar la devolución de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante más los rendimientos financieros generados, y adicionalmente lo descontado por la comisión por administración, especialmente los gastos de administración, estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, máxime si se tiene en cuenta que ya se está ordenando trasladar los rendimientos generados de la cuenta de ahorro individual por parte de Porvenir, fruto de la buena gestión de la administración realizada por los fondos privados, razón por la cual, Protección SA tiene derecho a conservar esos gastos de administración. Frente a la prima previsional, ya fue girada a una aseguradora, en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, y dicha compañía pagará una suma adicional para financiar dichos conceptos, inclusive, la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora, por lo que Protección SA está imposibilitada en solicitar una devolución con el fin de trasladársela a la demandante, pues la aseguradora es un tercero de buena fe, que en nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la demandante y Protección SA. Finalmente, vale la pena precisar que la devolución de éstos conceptos se encuentran prescritos, toda vez que son conceptos que se van descontando mes a mes, y no financian directamente la prestación, conforme el Art. 488 CST y 151 del CPT y SS.

En lo que tiene que ver con la devolución de los gastos de administración, por tratarse de comisiones

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, si bien el Juzgado cita la línea jurisprudencial que ha venido adoctrinado la H. Corte Suprema de Justicia, no obstante, esta línea jurisprudencial no es aplicable al

presente caso, por cuanto la falta de información por parte de la administradora puede generar un engaño, pero debe analizarse en cada caso en particular, ya que la Corte Suprema de Justicia analiza las condiciones de cada afiliado al momento del traslado del RPM al RAIS, que resulta vulneradas con el traslado, y con ello, puede ordenarse la nulidad del traslado, lo cual se materializa con que el afiliado ya tenga un derecho consagrado, que le genere una expectativa legítima, de adquirir el derecho a la pensión en el RPM, situación que se daban en las sentencias en cita por el Juzgado, pero no el caso bajo examen, porque la fecha de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, la actora contaba con una edad y unas semanas que no la hacen beneficiaria del régimen de transición, tan solo estaba en formación su derecho a la pensión. Así las cosas, no se puede concluir que con el traslado efectuado por la actora, el derecho a la pensión se haya afectado, pues no contaba con una expectativa legítima, por lo cual se infiere que el traslado de régimen se hizo de manera válida, y por el contrario no obra ninguna prueba que acredite que el traslado fue inválido o estuvo viciado de algún vicio del consentimiento. Por el contrario, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado en varias oportunidades y de manera reciente que, no procede la nulidad de traslado en todos los casos, casi de manera general. Ahora bien, no se tiene en cuenta la suscripción de varios formularios de afiliación por parte de la demandante, con lo cual estaría ratificando la decisión libre y voluntaria y suficiente informada por parte de la actora.

En el evento en que se confirme la sentencia proferida en primera instancia, solicita se revoque lo concerniente a devolver los gastos de administración, y el valor que se destinó de los aportes a pagar la prima previsional, que ampara los riesgos de invalidez o muerte que se presentan, toda vez que dichas sumas ya fueron pagadas, y fue un riesgo que ya estuvo cubierto, y no entiende como se ordena retornar dichos dineros a costas de los recursos propios de las administradoras a Colpensiones, cuando es un dinero que se paga periódicamente, y se ha cubierto constantemente, por la respectiva aseguradora. Igualmente, tampoco debió ordenarse el traslado de los gastos de administración porque la demandante estuvo afiliada en el RAIS, además, conforme concepto del 17 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera ha indicado que en los eventos que declare la nulidad del traslado, las únicas sumas que deben proceder son los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima del seguro previsional, en consideraciones que la administradora cumplió con su deber legal de cumplir con la cobertura, dada una buena administración. De igual manera, no puede perderse de vista que al ordenar remitir estos dineros a Colpensiones se está generando un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución, pues sin lugar a

interpretaciones, el Art. 13 de la Ley 100 de 1993 dispone cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es, el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, con lo que se evidencia que los gastos de administración no están destinados a financiar la prestación y por ende no corresponden a la prestación, sino al fondo privado como contraprestación de la gestión para administrar los dineros del afiliado.

Finalmente, solicita se revise la excepción de prescripción sobre la devolución de los gastos de administración, como quiera que los derechos pensionales no prescriben, sin embargo, estas sumas no están destinadas a financiar el derecho pensional del afiliado, luego no hacen parte de la pensión, razón por la cual se les puede aplicar el fenómeno prescriptivo que se predica de los derechos pensionales, motivo por el cual solicita se ordene la prescripción de aquellos gastos de administración que se hubieren causado y tengan más de 3 años de su causación.

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 que, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, no le es aplicable la sentencia SU 062, como quiera que no tenía ni la edad ni las semanas para adquirir el derecho a beneficiarse del régimen de transición, en ese sentido le es aplicable el Art. 13 de la Ley 100 de 1993 y por lo tanto, no le es dable que pueda trasladarse nuevamente a Colpensiones, en atención a que obra prueba dentro del expediente que la demandante no solamente recibió la información por los fondos privados, sino que hubo traslados verticales, adicional al hecho que Protección SA le informa que tenía la posibilidad de retornar y le da una doble asesoría, no obstante la demandante no ejecuta ninguna acción en el momento en que tenía la oportunidad de hacerlo, razón por la cual esa omisión no puede ser trasladada a las administradoras del RAIS, ni mucho menos a Colpensiones, toda vez que decretar la nulidad del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional y se le están generando cargas que no debe soportar, aun cuando es claro que la falta se encuentra en cabeza de la demandante, como quiera que no se informó en debida forma y en debido momento las circunstancias de permanecer en un régimen que le resulta desfavorable, afectando los principios de universalidad y progresividad que gobiernan el sistema general de pensiones en Colombia, y en tal sentido reitera su solicitud de absolver a Colpensiones, pues no es dable afectarla.

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 PROTECCIÓN SA efectuado por el (la) señor (a) EMMA LUCIA PINZON RESTREPO el día 21 de febrero de 1995; **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 21 de febrero de 1995, con efectividad a partir del 1º de marzo de 1995, posteriormente solicitó trasladarse a PORVENIR SA el 12 de diciembre de 2000, efectiva a partir del 1º de febrero de 2001. Luego, nuevamente solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN SA el 22 de febrero de 2005, efectiva a partir del 1º de abril de 2005. Finalmente, solicitó trasladarse a PORVENIR SA el 30 de junio de 2009, con efectividad a partir del 1º de agosto de 2009 (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 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. 68 a 73), PROTECCIÓN SA (fls. 75 a 94) y AFP PORVENIR SA (fls. 120 a 126). Colpensiones aportó: expediente administrativo de la demandante. Protección SA aportó: Formulario de afiliación (1995, 2005), copia cédula de ciudadanía de la demandante, historia de vinculaciones del SIAFP, constancia de traslado de aportes, reporte de historia laboral formulario de afiliación (2007), simulador pensional ASPEN, comunicados de prensa. Porvenir SA aportó: certificación de afiliación, historia de vinculaciones del SIAFP, relación de aportes, formularios de afiliación (2009), sábana de bono pensional, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 21 de febrero de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 21 de febrero de 1995, el demandante tenía 89,71 semanas (fl. 74), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 25 septiembre 1960, fl. 74) 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 2017 podría pensionarse en el RPM (Actualmente tiene mas de 1300 semanas – fl. 131 a 144), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría 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, determinado 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, conforme lo ordenó el Juez de instancia.

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 21 de febrero 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 PRIMERA INSTANCIA:

Finalmente el apoderado de la parte demandante 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 COLPENSIONES, 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 de ellas y en favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de octubre de 2020 por el Juzgado 24º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES, PORVENIR SA y PROTECCIÓN SA) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de ellas; 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. 11001310502420180059101)



DAVID A. J. CORREA STEER

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310502420180059101)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

ACLARACION DE VOTO

(Rad. 11001310502420180059101)



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

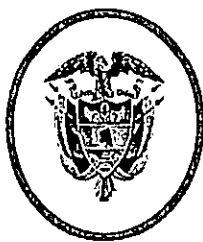
Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	EMMA LUCÍA PINZÓN RESTREPO
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	11001310502420180059101
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 11-001-31-05-024-2018-00591-01.

EMMA LUCIA PINZON RESTREPO contra
COLPENSIONES Y OTROS.

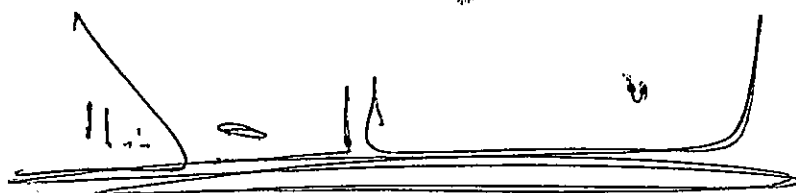
Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala, por las razones que a continuación explicaré:

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 ineficacia 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 también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, overlapping loops and strokes, positioned above the printed name.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado