



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 21-2019-00669-01

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

DEMANDANTE: GABRIEL VICENTE MORALES LEON
DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
COLPENSIONES
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR SA y COLPENSIONES)) // CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada Cindy Julieth Villa Navarro con tarjeta profesional No. 219992 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl 131)

La parte demandante (fls 117-118) y la parte demandada AFP Porvenir SA (120-124) y Colpensiones (fls 127-130) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 24 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Gabriel Vicente Morales León instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Y AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad promovida por la AFP Porvenir SA. A nombre del señor Gabriel Vicente Morales León
2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la afiliación efectuada al RAIS, SE CONDENE a las demandadas a determinar que el señor Gabriel Vicente Morales León, jamás dejó de pertenecer al régimen de prima media con prestación definida
3. Que se condene a Porvenir SA , AFP en la que figuraba activo el demandante la devolución a Colpensiones de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con todos sus rendimientos, sin descontar comisiones por concepto de manejo de la cuenta
4. Que se condene a las demandadas al pago de lo que resulte probado extra y ultra petita sobre los hechos discutidos y probados en el presente juicio.
5. Que se condene a las demandadas el pago de las costas del proceso, así como las agencias en derecho en caso de oponerse a las pretensiones.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls 68 “medio magnético”) y AFP Porvenir SA (fls 95”medio magnético”) de acuerdo al auto del 3 de febrero de 2020. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 15 de marzo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **Gabriel Vicente Morales León** dada el 28 de abril de 2000 con fecha de efectividad a partir del 1 de junio de 2000 por intermedio de la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrada por la **Administradora Colombiana de**

Pensiones –Colpensiones. CONDENÓ a la demandad **Porvenir S.A.** a trasladar a **Colpensiones** la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante **Gabriel Vicente Morales León** tales como: aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado. Para ello se concedió el término de un (1) mes. **CONDENÓ** a la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones** a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **CONDENÓ** en costas a Porvenir SA.. Fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.500.000. No condeno en costas a **Colpensiones** y **SOLICITÓ** remitir en grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 CPT y de la SS en favor de **Colpensiones**.

RECURSO DE APELACIÓN

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

INEFICACIA Y/O NULIDAD:

Manifiesta que la juzgadora en esta instancia indica que se presenta la ineficacia en razón a la falta de información, sin embargo resalta que es preciso indicarle al tribunal que no procedería la ineficacia del traslado en tanto que la norma prevé de manera expresa que para su declaratoria deben existir actos que impiden o atentan contra la afiliación del trabajador, cuando se realizan actos con dolo para impedir o atentar en contra de esa libertad de afiliación o traslado, lo que supone una intención de causar daño, que en este caso no se alegó ni se acreditó el dolo de Porvenir. Por el contrario se ve que el demandante firmó un formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. El expediente está huérfano de pruebas, ya que el formulario de afiliación suscrito en el año 2000, único requisito en la época para realizar el traslado de régimen, carece de elementos de juicio para determinar la información entregada al demandante, y pese a que se hizo la inversión de la carga de la prueba contrario con lo legalmente allí dispuesto, esta conclusión no se puede compartir puesto que el formulario de afiliación no es un simple formato, sino lo que se exigía en su momento por la supe bancaria, es un documento público, no fue tachado de falso y en ese sentido no es válido restarle valor probatorio y menos desconocerlo. Además se debe considerar que la materialización que se da una información es que el

demandante suscribió el formulario de afiliación, que estuvo supeditado como lo indico en el interrogatorio de partes por una asesoría que duro de 10 a 15 minutos en donde se le informaron las características del RAI, también se le hizo una comparación de la rentabilidad de rendimientos que obtendría, pudo corroborar que efectivamente podía pensionarse a una edad anticipada al acercarse a porvenir, luego cual es el engaño si la información que se le brindo era cierta como lo soportan las confesiones del interrogatorio de parte. También afirma es preciso poner de presente que es demostrable que de manera libre durante el tiempo de vinculación del demandante con Porvenir el permitió que se le realizaran descuentos continuos al fondo Porvenir durante aproximadamente 21 años, conducta que bajo la línea que ha trazado la corte suprema de justicia sala laboral, debe constarse como la voluntad del afiliado según sentencia RAD 47236 del 6 de abril de 2016. Si bien ya hay una línea jurisprudencial respecto al deber de información que no se trae a colación también es cierto que todos estos casos fueron estudiados por personas que estaban aforadas por el régimen de transición y el actor no está amparado por el régimen de transición. Y aunque ya se ha aclarado en ponencia de la Dra Clara Cecilia dueñas Quevedo, no importa que este o no con régimen de transición vuelven y se estudian los casos, luego no hay una identidad fáctica con el caso que nos ocupa, es por ello que la sentencia SL 1452 de 2019 el magistrado Rigoberto Echeverry aclara voto indicando que no procedería la declaratoria de la nulidad o la ineficacia de traslado de manera automática, se debe estudiar si se produjo un perjuicio claro y cierto a las personas, en el caso del demandante no se produjo porque no está en el régimen de transición, también indica que no deberían los demandantes solicitar la nulidad de su traslado simplemente por el hecho que con el pasar del tiempo su plan de pensión no está acorde a sus aspiraciones como ocurre en este caso. También hay una sentencia de tutela reciente, la 5912 del 13 de mayo del año pasado donde el Magistrado Jorge Luis Quiroz alemán salva voto, indicando que no considera que puedan accederse de manera indiscriminada todas las pretensiones de nulidad o ineficacia del traslado con fundamento en la falta de información alegada por el demandante porque arguye que hacerlo de esta manera masiva se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico en cuanto a que el legislador garantizo esa libertad de elección en cabeza de cada uno de los afiliados y por ende cada uno de los afiliados debe asumir las consecuencias jurídicas que conllevan sus decisiones y más respecto a su futuro pensional y recordemos que el demandante nunca genero preguntas sobre su futuro pensional manifestando que no tenía tiempo de acercarse a porvenir. De otra parte que el tribunal considere que el demandante está inmerso en la prohibición legal que establece la ley 797 de 2003.

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Respecto de los gastos de administración la Superfinanciera ha indicado taxativamente que en el evento en que proceda la declaratoria ineficacia o nulidad de traslado las sumas a trasladar son los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual pero no los gastos de administración, es decir se debe retornar lo que dispone el artículo 113 literal b de la ley 100 de 1993, y nótese que la lectura de esta norma no se habla respecto de los gastos de administración pues no corresponden a valores de los afiliados porque al final estos gastos no van a financiar la prestación de vejez por ende no son parte integrada de esta. También hay que parte corresponde a seguros y esto es tanto como ordenarle a una compañía de seguro que sin que se presente el siniestro amparado se reintegre los valores de la póliza. Finalmente solicitarle al tribunal que considere las costas dado que son excesivas considerando su naturaleza y la duración de este proceso. Solicito al tribunal que se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva a Porvenir de todas y cada una de las pretensiones.

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

En cuanto a la parte resolutive de la sentencia precisó el apoderado, que la señora juez de primera instancia en lo tendiente a declarar la ineficacia del traslado con la AFP Porvenir y tener como afiliación valida la que está administrada por Colpensiones y la que ordena a Colpensiones a activar la afiliación en el rpm y actualizar la historia laboral del demandante.

No nos encontramos frente lo que se estipula en artículos 1508 ,1509 y1510 del código civil y a su vez en el art 1740 y subsiguientes. De las pruebas allegadas al plenario se logra evidenciar que el demandante firmo el formulario a la AFP Porvenir de manera libre voluntaria y sin pensiones además de conformidad al art 13 de la ley 100 de 1993 en su literal B. Respecto de la carga de la prueba, en el presente caso no existe prueba que permita acreditar si existió algún vicio del consentimiento respecto al deber de información, pues en un contrato de afiliación es el afiliado el que le debe al fondo la realización de sus aportes y solo hasta que se pensiona se invierten las partes, por lo tanto no es al fondo de pensiones a quien le corresponde la carga de la prueba pues existe una indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del código civil, además se torna imposible probar hechos ocurrido hace ya 20 años y nadie está obligado a lo imposible. Respecto el deber de información, aunque el precedente de la Corte Suprema utiliza como norma para la aplicación del deber de información el decreto 663 de 1993, sin embargo este deber solo se materializo

a través de la ley 1748 del 2014 y el decreto 2061 de 2015 pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre voluntario e informado, por cuanto las leyes que surgieron entre el 1993 y 2014 no exigen nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS siendo este el caso del demandante que suscribió el formulario en el año 2000 con la AFP. Nótese que tampoco el demandante no pertenece al régimen de transición pues no tenía la edad ni las 750 semanas de cotización por lo que se puede colegir que no tenía una expectativa real sobre su derecho a la pensión para poder ingresar al RPM en cualquier momento. No se trata de aplicar de manera indiscriminada las decisiones de la máxima autoridad la CSJ sino que por el contrario se debe analizar si la presunta falta de información que aduce el demandante se produce un efecto como lo es perder el régimen de transición pensional o si bien, como es el caso, se busca ignorar las normas que regulan de forma clara los términos en que debe surtirse la movilidad entre regímenes porque ahora el demandante no se encuentra conforme con la mesada pensional que va a recibir en el fondo privado en el cual se encuentra afiliado, y como se ha reiterado en múltiples jurisprudencia este no es el alcance de las decisiones de la CSJ, toda vez que tal proceder termina por socavar los principios fundamentales sobre los cuales se erige todo el sistema general de seguridad social como lo es la autonomía en la voluntad del afiliado y la libre elección del régimen pensional. De igual manera una persona que no ha estado afiliado por más de 20 años al RPM pretenda que el sistema sea solidario y requiera beneficiarse de aportes que no ha realizado a este, esto pondría en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las personas que siempre han contribuido al mismo. De igual forma solicito a los honorables Magistrados de manera subsidiaria en caso de no acogerse a los argumentos anteriormente expuestos y confirme la providencia se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante como lo son cotizaciones rendimientos financieros bonos pensionales y gastos de administración y los demás a los que hubiera lugar debidamente indexados por el periodo que permaneció afiliado el demandante al fondo privado, como quiera que Colpensiones no podrá dar cumplimiento al fallo hasta que la AFP no reintegre los recursos y actualice los datos del demandante. También solicito que no se condene en costas a Colpensiones justificado en que no participo en el acto que se declara nulo o ineficaz y es tercero a quien se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones. Solicita absuelva a Colpensiones en todas y cada una de las condenas interpuestas en su contra.

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) **Gabriel Vicente Morales León** el día 28 de abril de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él(la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA el 28 de abril de 2000, con efectividad a partir del 1º de junio de 2000 (fl 40)

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de

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

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

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*.
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adocinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir SA aportó: certificado de asofondos SIAFP, copia formulario de afiliación, certificado de afiliación expedida por Porvenir, edicto emplazatorio diario El Tiempo, copia concepto de la Superfinanciera, copias de comunicados y respuestas dadas por Porvenir, copia historia laboral y copia del bono pensional.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de abril de 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 28 de abril de 2000, el(la) demandante tenía 816 semanas (fl. 55), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 36 años (nació el 24 de mayo de 1958 – fl. 31) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría haberse pensionado en el año 2020 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.578 semanas – fl. 55), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, de tal manera que para obtener en el RAIS una pensión siquiera igual a la

del RPM tendría que efectuar cuantiosos aportes adicionales, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el(la) señor(a) **Gabriel Vicente Morales Leon** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir SA el 28 de abril de 2000

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante AFP Porvenir SA y Colpensiones habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que

se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de marzo de 2021 por el juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

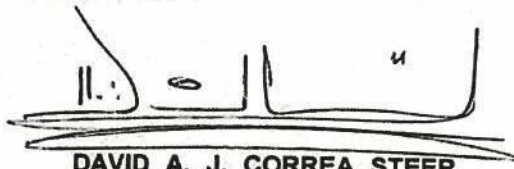
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502120190066901)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502120190066901)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502120190066901)