



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 21-2020-00005-01

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

DEMANDANTE: LUIS ORLANDO SÁNCHEZ BECERRA
DEMANDADO: AFP COLFONDOS SA
AFP PORVENIR SA
COLPENSIONES
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLFONDOS SA, PORVENIR SA Y COLPENSIONES)) //
CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colfondos SA, Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de febrero de 2021, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería al abogado (a) Shasha Renata Saleh Mora con tarjeta profesional No. 192270 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl 187)

El apoderado de la parte demandante (fls. 197-198), así como Colpensiones (fls. 183-186) y Porvenir SA (fl. 192-195) presentaron alegaciones por escrito, según lo

ordenado en auto del 08 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Luis Orlando Sánchez Becerra instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contra AFP Colfondos 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:

1. Que se declare la nulidad del traslado efectuado por el señor Luis Orlando Sánchez Becerra, al fondo privado de pensiones y cesantías Colfondos, el día 22 de julio de 1996
2. Que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado del señor Luis Orlando Sánchez Becerra a Colfondos, el día 22 de julio de 1996, solicito igualmente, se declare la nulidad de los traslados efectuados a otros fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, como son Colpatria y Horizonte, hoy todos absorbidos/sustituídos por Porvenir S.A.
3. Que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado de régimen pensional, solicito se ordene a Colpensiones recibir y afiliarse al señor Luis Orlando Sánchez Becerra nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
4. Que se condene a la empresa demandada Porvenir SA., a entregar a Colpensiones todos los aportes cancelados por el trabajador y su empleador, debidamente actualizados.
5. Que se condene extra y ultra petita a la demandada.
6. Se condene en costas como agencias de derecho a la demandada.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: AFP Colfondos SA (fls 133-136) Colpensiones (fls.202 “medio magnético”), y AFP Porvenir SA (fls201 “medio magnético”) de acuerdo al auto del 10 de julio 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 11 de febrero de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional

efectuado por el señor **Luis Orlando Sánchez Becerra** del régimen de ahorro individual el 22 de julio de 1996 con efectividad a partir del 01 de septiembre de 1996, por intermedio de **Colfondos SA. Pensiones y Cesantías**, y, en consecuencia declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por **Colpensiones**. **CONDENÓ** a la **Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** a trasladar la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante -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 conceptos de gastos de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor **Luis Orlando Sánchez Becerra**. Para ello concedió el término de un (1) mes. **CONDENÓ** a **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** a trasladar a **Colpensiones** la totalidad de los gastos de administración con cargo a sus propios recursos y lo descontado de la cuenta de ahorro individual por concepto de gastos de traslado, para ello le concedió también el término de (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 entidades demandadas conforme a lo motivado. **NO CONDENÓ EN COSTAS** y **SOLICITÓ** remitir en grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 CPT y de la SS.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Presenta recurso de apelación según lo concerniente a los gastos de garantía y de pensión mínima y las primas de la aseguradora, Solicita a los honorables magistrados según el decreto 4982 de 2007 art 1 que se tenga en cuenta que el aporte de los riesgos de pensión invalidez vejez y muerte, en la redistribución de los recursos el 11.5% al K, y el 1.5% destinado al fondo de garantía de pensión mínima y por último el 3% correspondiente a la comisión de administración, estos recursos no están en poder de Colfondos, además en la fijación del litigio nunca se dijo sobre la devolución de dineros que tuvieran terceros que ni siquiera fueron vinculados al proceso, violándose así su derecho de defensa y contradicción, al paso que dichas garantías también fueran descontadas por Colfondos, por lo tanto se solicita a los honorables magistrados que se absuelva a la representada, de trasladar dichos

conceptos al RPM pues no hay lugar a la misma, máxime cuando la afiliación de la actora al RAIS se ha puesto vigente a los riesgos de invalidez y muerte durante el tiempo que estuvo en la representada, obligando al fondo a que se devuelva el pago de las primas y comisiones de la aseguradora, por lo anterior solicita se revoque la sentencia parcialmente la sentencia en la primera instancia.

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

NULIDAD Y/O INEFICACIA

Presenta recurso de apelación teniendo en cuenta que los criterios que motivaron la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen se fundamentaron plenamente en los criterios que ha manifestado la sala laboral de la corte suprema de justicia respecto a los pronunciamientos en su línea jurisprudencial. Sin embargo para adoptar una línea jurisprudencial no es suficiente que se esté hablando de la misma pretensión sino que soporte los mismos supuestos facticos. Todos los lineamientos jurisprudenciales que se adoptan en la parte motiva del fallo hacen parte de personas que así sea por edad están siendo beneficiarias del régimen de transición y al momento del traslado de régimen conllevo a que perdieran un beneficio pensional como lo era renunciar al régimen de transición. Es ahí donde se percibe el perjuicio evidenciable frente a su traslado de régimen pensional conllevando a que se realice un traslado de la carga de la prueba a las AFP por no haberles suministrado la información de renunciar a esas garantías pensionales que ya tenían. Para este caso el demandante no era beneficiario del régimen de transición y no renuncio a ningún beneficio pensional al momento que se trasladó, estaba en total facultad de hacerlo conforme a la ley 100 de 1993 y decidió acogerse al RAIS cuando suscribió su formulario de afiliación con AFP COLFONDOS. Es ese sentido las mismas aclaraciones de voto que se manifiestan en las sentencias traídas a colación en la parte motiva del fallo han manifestado que esas situaciones fácticas deben tenerse en cuenta al momento de tomar la decisión teniendo en cuenta que cada caso en particular tiene una situación en específico que permite ver si efectivamente se le genero un perjuicio al demandante en el momento de traslado de régimen que permite considerar si debe hacerse o no el traslado automático de la carga probatoria a las AFP. Siendo esto así, claro es que Porvenir no es quien traslada de régimen al demandante, y cumple con el deber probatorio al allegar los formularios de afiliación y la contestación de demanda frente a qué era lo único que le exigía la ley al momento que se dieron los traslados horizontales con

Porvenir. Frente al análisis particular del caso, existen traslados horizontales del demandante que soportan su intención de permanencia en el RAIS que hacen sus veces de actos de relacionamiento que ha manifestado la misma sala de descongestión en sentencia SL3752 del año 2020. Si bien a criterio de la falladora de primera instancia no se acoge a esta postura por ser sala de descongestión, véase que en este caso los supuestos facticos si encajan al caso del demandante porque es una persona que no tiene régimen de transición y en primera y segunda instancia fueron absueltas las demandadas por esos actos de traslados horizontales que convalidan su intención de permanencia y su intención de tener información adicional a la esgrimida al momento de traslado de régimen. Por eso se cumple con el deber de información y se cumple con criterios de ratificación del acto jurídico de traslado de régimen.

GASTOS ADMINISTRACION

Respecto a la condena a Porvenir a devolver del porcentaje fijado de primas de seguros y los gastos de administración efectivamente se considera una afectación al patrimonio económico de Porvenir teniendo en cuenta que no fue incurso respecto al acto de traslado de régimen inicial por parte del demandante. Dentro del periodo en el que ha estado vinculado el demandante con Porvenir se han gestionado sus recursos de buena fe conforme a generación de unos rendimientos financieros positivos en su cuenta de ahorro individual y ha sido asegurado respecto a contingencias de invalidez y sobrevivencia frente al pago de primas de seguro, en ese sentido se está desconociendo criterios del artículo 13 literal Q y artículo 20 de la ley 100 que consagra la facultad que tienen todas las AFP de generar el cobro de gastos de administración frente a esa gestión realizada a los afiliados. Por otro lado tampoco se valoró la excepción de prescripción frente a este criterio por parte del fallador de primera instancia. Frente a los gastos de administración la prescripción sí tiene un criterio de prosperidad frente a que la motivación realizada a imprescriptibilidad se basa frente a la prestación de vejez y en este caso tienen una prestación diferente los gastos de administración, por tanto debe ser valorada la **imprescriptibilidad frente a los gastos de administración** conforme art 488 del código sustantivo trabajo y 151 de código procesal del trabajo y seguridad social. Por lo anterior solicito se conceda recurso de apelación aquí motivado, y se sirva revocar la decisión y absolver a Porvenir.

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

Presenta recurso de apelación frente al honorable tribunal de Bogotá sala laboral para que sean quienes diriman esta controversia en el sentido que revoquen las condenas impuestas a Colpensiones en primera instancia. Es un deber inexorable del despacho analizar cada caso de ineficacia ya que todos no resultan ser idénticos en supuestos facticos de cara a la aplicación a la doctrina probable. No todos los casos deben decidirse de forma positiva a quien se limita a referir que no fue informado suficientemente. Consentir en ello es dar una concesión a quien ha convenido un acto jurídico y un vicio de consentimiento para que dé inmediatamente pierda efecto lo acordado y conocido. La ineficacia de traslado no puede predicarse respecto de todos los casos de manera automática e inconsulta, es necesaria la ocurrencia de un perjuicio claro cierto y específicamente determinable para el afiliado en el momento en que se produjo el traslado como cuando se pierde el régimen de transición sin ser advertido de ello. En las pretensiones del demandante, en las relacionadas con Colpensiones, esta debe aceptar la vinculación según el operador judicial de primera instancia. En este sentido al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad la prueba del marco normativo aplicado al momento del traslado como lo declara la jurisprudencia se colige que en este caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia por lo que hay lugar a revocar la sentencia conforme a lo de Colpensiones. No está en discusión que el demandante se trasladó del RPM al RAIS pues así lo muestra el formulario de afiliación y lo hizo de manera voluntaria, tampoco que no es beneficiario del régimen de transición pues al momento de vigencia de la ley tenía 32 años. De igual manera suscribió el formulario de manera voluntaria. Lo anterior permite concluir que el traslado cumple con los requisitos art 11 del decreto 692 de 1994 norma que permitía que la manifestación de voluntad sea realizada en formatos pre impresos. No existía razón alguna por parte de las AFP para negar el traslado estando vedado rechazar una solicitud cuando la persona cumple con los requisitos de traslado. Los argumentos para justificar conforme a la ley 806 cuando corran traslado en el tribunal son la afiliación voluntaria, no existió ningún vicio de consentimiento puesto que en el expediente no obra prueba alguna que demuestre que estaba en presencia de un vicio, reitero que no estamos frente a un perjuicio irremediable pues no era beneficiario del régimen de transición, respecto al deber de información si bien las AFP debieron informar suficientemente al actor, esto no lo exoneraba de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional, por ultimo frente a la descapitalización del sistema tema que ampliare en los alegatos cuando el tribunal corra traslado.

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) **Luis Orlando Sánchez Becerra** el día 22 de julio de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Colfondos SA y AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él(la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el 22 de julio de 1996, con efectividad a partir del 1º de septiembre de 1996 (fl.136), que el 2 de abril de 1998 se trasladó a la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir SA (fl. 57), el 29 de noviembre de 1999 solicito nuevamente trasladarse a AFP Colfondos SA (fl136) y finalmente el 28 de mayo de 2009 solicita traslado a la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir SA.

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

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

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

administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir SA aportó: historia laboral, certificado de asofondos SIAFP, formulario de afiliación con Colpatria SA el 2 de abril de 1998, formulario de afiliación con Horizonte SA el 28 de mayo de 2009 certificado de afiliación expedida por Porvenir, constancia de publicación diario El Tiempo, concepto de la Superfinanciera, respuestas derechos de petición emitidas por Porvenir, certificado de vinculación, historia laboral del bono pensional, copia del bono pensional. Colfondos aportó: certificado asofondos SIAFP, Formulario de afiliación a Colfondos del 22 de julio de 1996, historia laboral.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 22 de julio de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 22 de julio de 1996, el(la) demandante tenía 809 semanas (fl. 70), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 10 de junio de 1957 – fl. 19) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría pensionarse en el año 2019 en el RPM, (actualmente ha cotizado más de 1.952

semanas – fl. 70), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Colfondos SA ni 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 demandadas AFP Porvenir SA Y AFP Colfondos 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) **Luis Orlando Sánchez Becerra** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos SA el 22 de julio de 1996

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes Colfondos SA, 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 11 de febrero de 2021 por el juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502120200000501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502120200000501)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502120200000501)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 13-2019-00699-01

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

DEMANDANTE: MARTHA ELENA JAIMES VILLAMIZAR

DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
AFP PROTECCION SA

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 1° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada Alida Del Pilar Mateus Cifuentes con tarjeta profesional No.221228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.8)

La parte demandante (fls.9-11) y la parte demandada Colpensiones (fls.4-8) y AFP Porvenir S.A (fls. 12-14) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 21 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) Martha Elena Jaimes Villamizar instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, AFP Protección SA y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 2 (expediente digital "01. Cuaderno principal") con subsanación de demanda a folio 94 (expediente digital "01. Cuaderno principal") con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó el día 01 de marzo del 2020 la demandante Martha Elena Jaimes Villamizar, identificada con la cc nº 60.327.287 de Cúcuta, del Instituto de Seguros Sociales (ISS) - hoy Colpensiones a Porvenir S.A., por la indebida y nula información que suministró el fondo privado a la demandante, para convencerla que se trasladara de régimen pensional, dando aplicación a lo establecido por la honorable corte suprema de justicia - sala de casación laboral, mediante las sentencias reconocidas con los radicados nº (s) 31989 del 9 de septiembre de 2008, 33083 de 22 de noviembre de 2011, 46292 de 3 de septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 361 de 13 de febrero de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1421 de 10 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.
2. Se ordene a las codemandadas Colpensiones, Protección SA y Porvenir SA. a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de Régimen efectuado el 1 de Marzo del 2000 por la demandante Martha Elena Jaimes Villamizar.
3. Se ordene a la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante Martha Elena Jaimes Villamizar.
4. Se ordene a Colpensiones a recibir en esa administradora sin solución de continuidad a la demandante Martha Elena Jaimes Villamizar.
5. Se ordene a Colpensiones, una vez reciba los aportes de la demandante de parte de Porvenir S.A., proceda a corregir y actualizar la historia laboral de la señora Martha Elena Jaimes Villamizar.

6. Se declare para todos los efectos la única afiliación válida de la señora Martha Elena Jaimes Villamizar, fue la efectuada el 13 de junio de 1991 al régimen de prima media.
7. Se condene en costas y gastos del proceso a las codemandadas Colpensiones y Porvenir S.A.
8. Se condene ultra y extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls. 110-136 del expediente digital "01. Cuaderno principal"), AFP Porvenir SA (fls. 138-174 expediente digital "01. Cuaderno principal") AFP Protección S.A. (fls. 176-198 expediente digital "01. Cuaderno principal") de acuerdo al Auto del 7 de noviembre del 2019. Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito y de fondo.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1° Transitorio laboral del circuito de Bogotá en sentencia del 25 de mayo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación que realizó la señora Martha Elena Jaimes Villamizar, identificada con c.c. n° 60.327.287, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado inicialmente por Colpatria hoy Porvenir S.A., realizado el día 09 de marzo de 2000 y por ende, la que realizó con posterioridad a Protección S.A. y Porvenir S.A., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. **DECLARÓ** válidamente vinculada a la demandante Martha Elena Jaimes Villamizar, identificada con c.c. n° 60.327.287, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado de régimen pensional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CONDENÓ** a la demandada AFP Administradora De Fondo De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a la Administradora Colombiana De Pensiones-Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Martha Elena Jaimes Villamizar, identificada con c.c. n° 60.327.287, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por la pasiva. **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas

en su contra. **CONDENÓ** en costas en esta instancia a cargo de la parte demandada a favor de la demandante. Fijó la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las accionadas Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. **REMITIÓ** el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

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

NULIDAD Y/O INEFICACIA:

Solicita revocar el fallo en su totalidad sustentando que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción como lo ha citado el *A-quo* o en los argumentos que se han manifestado por el honorable tribunal en diferentes salas, no se debe aplicar el precedente de manera objetiva ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, en especial en este donde se observó grandes irregularidades en el interrogatorio de parte y ocultamiento de información, para que sea tenido en cuenta al momento de realizar el fallo o de confirmarlo como tal, manifiesta que no le asiste razón al fallador de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado con base a la falta de información cuando no le era obligatorio al fondo brindar la misma a la demandante teniendo en cuenta la circular No 19 de 1998 emitida por la Superfinanciera la cual tenía como única exigencia para que se entendiera materializado y como valido el traslado de régimen pensional que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del formulario de afiliación como sucedió en este caso, lo cual demuestra que Porvenir cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo, y que la permanencia de la actora en el RAIS ha sido una decisión libre voluntaria e informada que se ha ratificado con el tiempo, así mismo argumenta que tampoco es razonable deducir que la ineficacia se da por falta de consentimiento o por vicios en el mismo, la demandante tuvo una asesoría amplia y oportuna donde se le informo las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y sobre sus condiciones pensionales tal como se aprecia en el formulario suscrito por ella, manifiesta el apoderado que se da en este caso el fenómeno establecido en el art 1752 y siguientes del código de civil, referente al saneamiento de consentimiento por ratificación, la cual opera de manera

automática teniendo en cuenta que la demandante realizó aportes y traslados de régimen de ahorro individual de manera personal y voluntaria no solamente una vez (1) sino cuatro veces (4). De modo que de haber algún tipo de vicio de consentimiento, la misma demandante lo ratifico con su decisión de trasladarse de régimen y permanecer con él en el paso del tiempo, se pidió tener en cuenta todos los salvamentos de voto que se han realizado, incluso toda la jurisprudencia que se ha realizado sobre el presente caso, cuando se trata de las persona que han realizado la suscripción de varios formularios como actos de relacionamiento emitidos como la honorable magistrada Ana María Muñoz Segura en la sentencia SL 3752 del 2020 toda vez que la demandante suscribe 4 formularios de afiliación al RAIS ratificando su deseo de permanecer en el régimen en mención, sustenta que no puede sustentarse que la demandada hubiese faltado al deber de información, obligando al fondo a aportar documentos que para la fecha del traslado no le eran obligatorios como lo son simulaciones pensionales o demás documentales. Sin embargo pidió tener en cuenta que en el interrogatorio de partes la demandante ocultó información o manipulo la información toda ves que al momento de contestar cada una de las preguntas indicando sobre cómo fue que el asesor le explicó lo que eran las implicaciones que tendría su traslado, no se da la respuesta conforme a la información que ella tiene.

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Por otro lado no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración pues de acuerdo al inciso 2 del artículo 20 de la ley 100, también en el RPM se destina el 3% de la cotización a financiar los gastos de administración en pensión de invalidez y sobrevivencia. Manifiesta que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez por ello están sujetos a la prescripción, además la SUPERFINANCIERA en concepto del 17 de enero de 2020 indico de forma expresa que los eventos que proceda la ineficacia del traslado los únicos montos sujetos de devolución son los aportes y rendimientos de la cuenta individual sin que proceda la devolución de primas de seguros previsionales en consideración de que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, y tampoco la comisión de administración.

También asegura deberá declararse la prescripción respecto a la devolución de gastos de administración y primas de seguro o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado y rendimientos financiero por cuanto no corresponden a valores que pertenecen a los afiliados en ningunos de los regímenes, y cuando no financian una pensión de vejez no puede predicarse una imprescriptibilidad característica de la que goza el derecho pensional.

Manifestó que la demandante dijo que el motivo de la demanda es que la mesada pensional es inferior a la que esperaba, lo que nos lleva a pensar que si la pensión en el RAIS fuera superior al RPM no estaríamos en esta controversia y no se habría solicitado una ineficacia de traslado. Entonces sustenta que no es posible que por el no cumplimiento de una mera expectativa pensional, además que se beneficie de su propia culpa teniendo en cuenta que es una profesora, y no leer 4 formularios de afiliación indicando que lo que estaba era cuidando su puesto de trabajo, sin embargo no mostró ningún tipo de consecuencia de la no firma de los formularios, por ende solicita no se deje sin efectos las decisiones tomadas por ella en cuanto al traslado de régimen y traslado de fondos se refiere, De manera entonces se considera que los supuestos sobre los que se condena a Porvenir SA no se encuentran acreditados, y por lo cual solicita revocar la condena impuesta y absolverla de todas las pretensiones de la demanda.

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

Solicita apelación parcial en contra de la sentencia proferida en atención a la condena impartida a Porvenir S.A para que deposite todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo los gastos de administración y demás descuentos por tanto que la misma condena debió ser impuesta a Protección S.A. toda vez que la demandante estuvo también afiliada a esta AFP y en su momento también fueron descontados los valores de gastos de administración y seguro provisional que establece la ley. Manifiesta que a la luz de la ineficacia del traslado que se profirió, tales descuentos nunca debieron haberse efectuado. Si bien estos no sirven para financiar de manera retroactiva los gastos de administración que tiene que financiar a partir de este momento Colpensiones, estos dineros si sirven para financiar posteriormente la pensión de vejez de la demandante. Por ende todos los descuentos realizados por concepto de gastos de administración y seguro previsional realizados por Protección SA deben devolverse íntegramente a Colpensiones para efectuar el reconocimiento de la pensión de vejez en su momento.

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 Colpatria, hoy AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora Martha Elena Jaimes Villamizar el día 8 de marzo de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA y AFP Protección S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colpatria, hoy AFP Porvenir SA el 8 de marzo de 2000 con efectividad a partir del 1° de mayo de 2000 (folio 159 expediente digital "01. Cuaderno principal"), posteriormente, por fusión de las AFP, se trasladó a AFP Horizonte SA el día 29 de septiembre 2000 (folio 159 expediente digital "01. Cuaderno principal"), solicitó traslado a la AFP ING hoy AFP Protección S.A. el día 26 de febrero de 2001 con efectividad a partir del 1° de abril de 2001, y finalmente solicito traslado a la AFP Porvenir S.A. el día 28 de agosto de 2003 con efectividad a partir del 1° de octubre de 2003 (folio 159 expediente digital "01. Cuaderno principal"), fondo en el que actualmente se encuentra afiliado.

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera

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

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

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

considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

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

financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Porvenir SA aportó: copia del certificado ASOFONDOS SIAFP, certificado de afiliación a Porvenir, copia del formulario de vinculación suscrito por la parte actora en el 2003, copia del formulario suscrito con Colpatria en el año 2000, oficio respuesta derecho de petición de la demandante a Porvenir del 3 de septiembre de 2019, oficio poniendo en conocimiento la restricción de 10 años a la demandante, copia de la página de periódico El Tiempo del 14 de enero de 2004, copia del concepto de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Rad. N. ° 2019152169-003-000 del 17 de enero del 2020, AFP Protección SA aportó: formulario de afiliación del 26 de febrero de 2001, Historial de vinculaciones SIAFP, movimiento de cuenta de ahorro individual, contestación derecho de petición de la demandante del 6 de septiembre de 2019, concepto emitido por la Superintendencia Financiera, políticas para asesorar y vincular personas naturales, comunicado de prensa del año de gracia.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 08 de marzo 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 8 de marzo de 2000, la demandante tenía 182 semanas (folio 201 expediente digital “01. Cuaderno principal”) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 27 años (nació el 19 de septiembre de 1967 – fl 42 expediente digital “01. Cuaderno principal”) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad en el año 2024, podría eventualmente pensionarse una vez cumpla las 1300 semanas en el RPM (actualmente ha cotizado más de 1106 semanas folio 201 expediente digital “01. Cuaderno principal”), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características,

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

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

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado de la señora Martha Elena Jaimes Villamizar del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Dicho lo anterior resulta consecuente se aclare que, va incluido el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP Porvenir S.A. como la AFP Protección S.A., tales como aportes, rendimientos, sumas adicionales, pues al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sido clara en sentencia SL 1421-2019 rad 56174 del 10 de abril de 2019, que con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos, incluyendo los gastos de administración, ya que dichos montos pertenecen al sistema general de seguridad social con el cual se financiara la pensión, de tal manera que 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 la demandada AFP Porvenir SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales, debe resaltarse que lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social de la demandante, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 de la constitución política, y no puede verse afectado por ningún motivo, y en ese sentido la AFP deberá realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos de administración y las primas de seguros previsionales conforme lo indicó el Juez de instancia, pues fue descontado del aporte efectuado por el afiliado, y en ese sentido no se puede ver afectado su derecho a la seguridad social, por el simple hecho de haberse trasladado al RAIS, pues se reitera que la consecuencia

de la nulidad y/o ineficacia de traslado es retornar las cosas como si no hubiese existido el traslado. Se confirma.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **Martha Elena Jaimes Villamizar** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir SA el 08 de marzo de 2000, y en consecuencia los traslados posteriores entre los diferentes AFP, aclarando que con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores descontados por los diferentes fondos por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales, ya que dichos montos pertenecen al sistema general de seguridad social con el cual se financiara la pensión.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes 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: ADICIONAR la sentencia proferida el 25 de mayo de 2021 por el juzgado 1° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, pero conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, bajo el entendido

que al declararse la ineficacia del traslado, han de devolverse todos los valores descontados por Protección S.A. por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales.

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

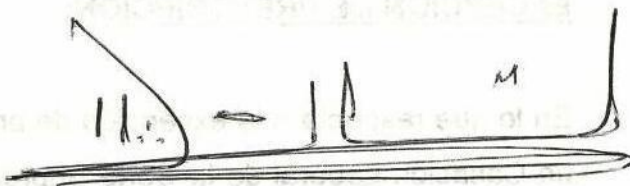
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501320190069901)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501320190069901)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501320190069901)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

Radicación 14-2018-00543-01

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

DEMANDANTE: MARTINIANO BRITO
DEMANDADO: COLPENSIONES
ASUNTO : APELACIÓN SENTENCIA PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 14° Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de abril de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 63-64), Presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 22 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **MARTINIANO BRITO** instauró demanda ordinaria laboral contra de **COLPENSIONES**, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- 1) Mediante sentencia se haga tránsito a cosa juzgada, se condene a Colpensiones a pagar a favor del señor MARTINIANO BRITO, el incremento pensional del 14% por persona a cargo, de la señora BLANCA LILIA SANCHEZ FIGUEROA retroactivo al día del 1 de marzo de 2000.
- 2) Se indexen las condenas proferidas
- 3) Se condene en Costas procesales a la entidad demandada

La accionada contestó la demanda (fls. 34 a 43) de acuerdo al auto del 06 de septiembre de 2018. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 14° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 07 de abril de 2021. **ABSOLVIÓ** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor MARTINIANO BRITO conforme a lo considerado. **RELEVÓ** del análisis puntual de los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo dado el carácter absolutorio de la litis **SIN COSTAS** en esta instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presenta recurso de apelación:

Sustenta la parte que interpone recurso de apelación toda vez que se considera que el representado es beneficiario del régimen de transición por tal motivo le es aplicable del art 21 del Decreto 758 de 1990 que contempla los incrementos pensionales, y que tuvo como elemento fáctico la convivencia y dependencia económica pruebas sustentadas en el proceso, si bien es cierto la sentencia modificó COMPLETAR 'PORQUE NO SE ESCUCHA BIEN EL CD
Los criterios jurisprudenciales en ese momento

AQUÍ VOYYYYYYYYYYY

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del demandante, la Sala avocara su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico a resolver se centra en determinar: **1.** Si el demandante tiene derecho al incremento del (14%) por su cónyuge de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año dada la vigencia de los mismos actualmente.

INCREMENTO PENSIONAL 14%:

Sea lo primer señalar que si bien el suscrito venía aplicando el criterio mayoritario de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 05 de diciembre de 2007, Rad. 29751 tendiente a determinar que, los incrementos de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 se encontraban vigentes, lo cierto es que una vez reexaminado el tema por los integrantes de la Sala, se hace necesario replantear dicha postura.

Al respecto, es menester advertir, que la H. Corte Constitucional a través de la sentencia, SU-140 de 2019 estableció que los incrementos pensionales no se encuentran vigentes, con fundamento en que con la promulgación de la Ley 100 de 1993, el sistema de pensiones vigente sufrió una transformación estructural cuya dimensión ameritó el establecimiento de un régimen que regulaba la transición del anterior al nuevo sistema, cambio que no podía afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya se tuvieran derechos adquiridos o, inclusive, una expectativa legítima sobre los requisitos que debían cumplir para acceder a la pensión; que por lo anterior, se dispuso la ultractividad de unos determinados

aspectos del sistema pensional anterior, esto es, edad, tiempo y monto; y que ante la ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la Ley 100, hubo una derogatoria orgánica del régimen anterior dentro del cual cohabitaban los referidos incrementos.

Así mismo, la H. Corte Constitucional señala que los incrementos pensionales no son contestes con el inciso 11 del Acto Legislativo 01 de 2005, que establece un marco de sostenibilidad fiscal así, *«guarda una relación de medio a fin con la sostenibilidad del sistema de pensiones que se pretendió asegurar con el referido acto legislativo»*, y en ese orden, en caso de considerarse su vigencia, al verse afectado el principio de sostenibilidad del sistema pensional habría que inaplicarlo por inconstitucional, por demás que serían contrarios a los principios de universalidad y de solidaridad que desarrolla la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, los incrementos pensionales nunca formaron parte integrante de la pensión de vejez o invalidez y por tanto fueron considerados como derechos de excepción a quienes cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de los reglamentos de invalidez, vejez y muerte del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES anteriores a la Ley 100 de 1993; por lo tanto, al no haberse incluido como integrantes dentro del tránsito legislativo de 1993, no existe razón alguna que justifique su existencia dentro del Sistema General de Pensiones. Adicionalmente, los incrementos pensionales tampoco se encuentran contenidos entre los derechos que por excepción contempla el beneficio del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que es bien sabido que el régimen de transición establecido en la norma garantiza únicamente la aplicación de los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la normativa pensional anterior a 1993

Así las cosas, y dado que estamos frente a una sentencia de unificación proferida por la H. Corte Constitucional considera apropiado el suscrito acogerse a los postulados de la misma, por encontrarlo ajustado a criterios de razonabilidad y a los fines del Sistema de Seguridad Social, en particular, de las reformas expedidas desde 1993, con la expedición del Régimen General de Pensiones, entendiéndose en consecuencia, que los incrementos pensionales sólo se encuentran vigentes para quienes causaron su derecho a la pensión con anterioridad al 1º de abril de 1994, en aplicación del Acuerdo que los consagra.

Verificada la documental allegada, se establece que con la **Resolución No. 013379 de 2005**, el extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones le reconoció la pensión de jubilación al señor JORGE ALBERTO NIÑO BELLO como beneficiario del régimen de transición establecido en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, aplicando para el efecto el Artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 1 de mayo de 2005, siendo reconocida con posterioridad a 1º de abril de 1994, por lo que se considera entonces que no hay lugar al reconocimiento del incremento deprecado, razón por la cual, se **CONFIRMARÁ** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

INTERESES MORATORIOS:

En lo relacionado con el pago de los **intereses moratorios** previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993¹, debe indicarse que la condena de intereses moratorios se impone, sin tener en cuenta para ello el comportamiento de la entidad obligada al pago, esto es, si medió o no buena fe en su actuación, o si eventuales circunstancias impidieron el pago oportuno de la prestación.

Al respecto, en reciente pronunciamiento por parte de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3130 Rad. 66868 del 19 de agosto de 2020 y SL 1681 – 2020, entre otras, frente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, adoctrinó

En paralelo a lo anterior, esta corporación ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios (CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras), de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta del deudor obligado, sino que proceden automáticamente por la mora en el pago efectivo de la obligación.

En la sentencia CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21892, se dijo también que los intereses moratorios tenían ese importante designio de hacer justicia a una parte vulnerable de la población cuyo sostenimiento dependía del pago de su pensión.

¹ «A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago”.

Frente al tema, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 establece que las administradoras de pensiones tendrán un término **no mayor a 4 meses** para efectuar el reconocimiento de la pensión, contado a partir de la presentación de la solicitud con la documentación que acredite el derecho, así lo ha indicado la H. Corte Suprema de justicia en reciente pronunciamiento SL 4985 con radicación 49082 del 5 de abril de 2017.

Así las cosas, en el caso bajo estudio, se observa que el actor presentó reclamación administrativa, el **26 de octubre de 2004**, petición que resuelta mediante **Resolución No. 13379 del 26 de abril de 2005**, esto es, superando el término de los 4 meses a la radicación de la misma, concediendo el derecho pensional, no obstante, solicitó su reconocimiento el **10 de marzo de 2017**, mientras que sometió a reparto la presente demanda el **2 de agosto de 2018**, esto es, superado el término trienal que tenía a efectos de que le fueran reconocidos, razón por la cual habrá lugar a **DECLARAR PROBADA TOTALMENTE** la excepción de prescripción respecto de la condena por concepto de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

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 por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de septiembre de 2020.

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

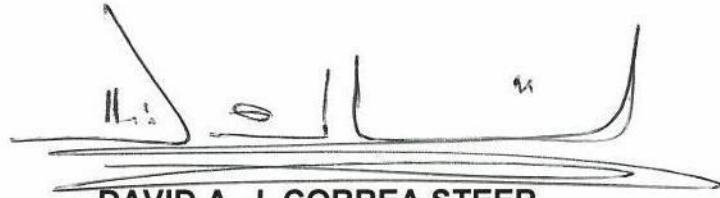
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501420180054301)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501420180054301)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501420180054301)

Handwritten text at the top of the page, possibly a title or header.

Handwritten signature or name on the left side.

Handwritten number or symbol on the right side.

Handwritten text below the signature on the left.

Handwritten text below the symbol on the right.

Handwritten text below the signature on the left.

Handwritten text below the symbol on the right.

Handwritten text below the symbol on the right.

Handwritten text in the middle of the page.

Handwritten text in the middle of the page.

Handwritten mark or symbol on the right margin.

Handwritten mark or symbol on the right margin.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 08-2019-00534-01

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

DEMANDANTE: DIANA PATRICIA GONGORA MARTINEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA

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 (AFP Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de abril de 2021, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Porvenir SA (fls. 98 a 103) presentó alegaciones por correo electrónico, según lo ordenado en auto del 24 de mayo de 2021, sin presentar alegaciones el apoderado de la parte demandante, así como Colpensiones, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) DIANA PATRICIA GÓNGORA MARTINEZ instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, y contra AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece en folios 8 a 22 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad de la afiliación o traslado efectuado al fondo de pensiones Porvenir SA, mediante el formulario de vinculación, por haber existido un vicio en el consentimiento de la señora Diana Patricia Góngora Martínez.
2. Que se declare sin solución de continuidad la afiliación de la señora Diana Patricia Góngora Martínez a Colpensiones.
3. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a Porvenir SA quien es fondo de pensiones obligatorias, a que traslade los aportes y rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual del fondos de pensiones Colpensiones
4. Que se ordene a Colpensiones a recibir a la señora Diana Patricia Góngora Martínez.
5. Que una vez se cumpla con los requisitos de ley sea pensionada en el régimen de prima media.
6. Se condene a las demandadas al pago de las costas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.39 a 45), y Porvenir SA (fls.62 a 78 con subsanación de fls. 80 a 84) de acuerdo al auto del 02 de agosto de 2019 (fl.33). Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 08 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 8 de abril de 2021, **DECLARÓ** la **NULIDAD** o **INEFICACIA** de la afiliación que hiciera la demandante Diana Patricia Góngora Martínez realizado del Régimen de Prima Media RAIS acaecido el 11 de diciembre de 1996, mediante la afiliación a Porvenir SA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. **CONDENÓ** a Colpensiones a admitir el traslado del régimen pensional de la señora Diana Patricia Góngora Martínez **CONDENÓ** a la demandada Porvenir SA a devolver a

Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora Diana Patricia Góngora Martínez, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del código civil aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la seguridad social, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado. . **CONDENÓ** a Colpensiones a aceptar los valores que devuelva Porvenir SA que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los ajustes en la historia laboral pensional de la actora. **SIN CONDENA EN COSTAS** en esta instancia ante su no causación, **ABSOLVIÓ** a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra. Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de Colpensiones se **REMITIÓ** para que se surta el grado jurisdiccional del Consulta a favor de Colpensiones en los términos del artículo 69 CPT y de la SS.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Se manifiesta el recurso ya que no se comparte la ineficacia ni las consecuencias jurídicas que se le dieron al caso, dado que dentro de este proceso no se deja claridad de qué es lo que se declara propiamente, toda vez que primero se dice que es como si nunca hubiese hecho parte del RAIS, y que se traslade los frutos financieros que se generaron, y por otro lado se dice que deben haber restituciones en los términos del 1746 que son las consecuencias jurídicas de las nulidades, y por otro lado dicen que se debe declarar la ineficacia en sentido estricto según eso porque lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, frente a eso manifiesta el apoderado que hay que decir que la Corte Constitucional ya se pronunciado en sentencia C035 de 2017 y ha definido sus diferencias, por ejemplo diferenciando conceptos, para la ineficacia en sentido amplio dijo que “se suelen agrupar distintas reacciones del ordenamiento jurídico respecto de las manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas, dichas categorías que comprenden fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad” por ende no es correcto asegurar que lo que se declara es la ineficacia y/o nulidad en estos procesos, cuando ya se ha dicho que la nulidad relativa es diferente de la absoluta,

si bien la consecuencia es el mismo fin de dejar sin efecto el contrato jurídico, los efectos son realmente diferentes porque la corte constitucional ya ha dicho que la ineficacia en sentido estricto " es para los casos en los que la ley por razones de diferente naturaleza ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesaria la declaración judicial en ese sentido" en los términos de la corte constitucional si nos vamos a la ley 100 y decretos reglamentarios en ninguna parte se establece que la omisión del deber de información trae la ineficacia en sentido estricto, está realmente en el art 271 con la interpretación extensiva de la norma jurídica, pero no significa retraer las cosas a su estado natural, porque entonces no debería ser obligatorio los traslados de los gastos de administración ni los ejercicios financieros, porque se supone que el RPM no genera estos ejercicios financieros, entonces cuál es el perjuicio que se generó a la demandante si hay más rendimientos que aportes, ahora en la corte suprema de justicia, dice el apoderado, se establece una responsabilidad profesional más no una responsabilidad objetiva que está proscrita, en estos procesos ya no importa ni siquiera si fue bajo dolo, la culpa, ni de demostrar el daño que se le ha generado, por ejemplo en este caso no se ha generado ningún daño ya que se insiste que la demandante dejó de cotizar desde el año 2002, se le ha generado más rendimientos que lo que ha aportado, por eso cada caso debe analizarse de manera particular según los dicho por la corte suprema de justicia, con estos procesos se ha afectado la confianza legítima, toda vez que para la época solo se requería el formulario de inscripción para la existencia y validez del contrato de afiliación, sin embargo la corte suprema de justicia, deja sin efecto un formulario que tiene todos los elementos de ley y todas las presunciones de ley, sin ningún argumento más allá que no está consignada la información, información que la ley no obligaba a consignar en otra parte, aquí no existe declarar la ineficacia en sentido estricto, y para el caso en concreto la afiliada en su calidad de gerente de una sucursal del Banco de Bogotá también se tiene que ver que su decisión fue libre y voluntaria en estos términos, existe un doble rasero para condenar, pues hoy se asegura que la demandante no estuvo nunca en el RAIS pero se le deben trasladar los gastos de administración, entonces la pregunta es ¿estuvo o no en el RAIS? .

GASTOS DE ADMINSTRACIÓN

Sustenta el apelante que frente a los gastos de administración no se deben trasladar según lo anterior, toda vez que son obligaciones de tracto sucesivo y no son restituibles, no se está obligado a trasladar, porque son frutos de buena fe, no se probó la mala fe, son puras presunciones de hecho por lo mismo se está

sobrepasando la jurisprudencia al establecer convenientemente que se tiene que trasladar los rendimientos y gastos de administración pese a que se declara que nunca estuvo en el RAIS, propiciando el enriquecimiento sin causa tanto a Colpensiones como la demandante, ahora bien, manifiesta el apoderado que frente a la prescripción si debe operar frente a los gastos de administración porque en el art. 20 de la ley 100 del 93 dice que no hace parte íntegra de la pensión, por ende es irónico que los emolumentos que son netamente económicos directos a las mesadas pensionales si prescriban y que los gastos de administración que no hacen parte no prescriban, por ende sobre esos dineros si se debe declarar la prescripción, en ese orden de ideas se solicita revocar la totalidad la sentencia proferida por el despacho.

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

El abogado procede a interponer recurso de apelación, teniendo en cuenta que no se comparte los argumentos y fundamentos jurídicos esbozados por la juez que la llevan a concluir que el traslado de régimen pensional de la demandante era nulo o ineficaz, principalmente el reproche se centra en dos argumentos 1) frente a lo que indica la señora juez donde dice que no hay medios probatorios para acreditar el cumplimiento de las obligaciones legales frente al deber de información cuando la demandante se vinculó a la AFP Porvenir SA, no es cierto porque se aportó el formulario de inscripción suscrito por la demandante, por ende la demandante se puede decir que lo hizo en forma libre porque está su firma que obvio tiene una asesoría previa, así sea por parte de un representante del empleador que fue lo que la demandante dijo, tampoco es dable exigir otro medio probatorio diferente al formulario de vinculación siendo para ese momento el único requisito para la vinculación con la administradora de pensiones, no había obligación de otros documentos ni tramites adicionales para dar trámite y validez a la solicitud de traslado y vinculación, a tal punto que en este caso se ha acreditado esa situación porque ni siquiera se dijo que fue un asesor quien la asesoró en la vinculación a Porvenir SA sino el empleador para ese momento de la afiliada, lo que comprueba aún más que las administradoras no estuvieran obligadas a otros medios para la vinculación, ahora bien, la demandante dice que como el Banco de Bogotá hacia parte del grupo del fondo de pensiones entonces por eso firmó, el apoderado no comparte dicha argumentación, manifiesta que la demandante no tenía ninguna presión pero si sintió compromiso de firmar porque su empleador pertenece al grupo aval, manifiesta que no es posible exigirle a Porvenir SA otra documentación que

dio en su momento a la afiliada, si es que la demandante no tuvo ni un asesor de Provenir SA, lo único que hizo el fondo fue legalizar esa inscripción, la Corte Suprema de Justicia habla sobre que hay que ver cuál es el perjuicio que se la causa al afiliado, para este caso teniendo en cuenta que la señora tiene 560 semanas cotizadas en toda su vida laboral y que dejó de cotizar desde el 2002, su traslado a Colpensiones en lugar de beneficiarla la va a perjudicar, hasta los 68 años no va ni a alcanzar, mientras que en el RAIS le permite una pensión así sea como garantía de pensión mínima, o en su caso que a los 57 años pida la devolución de saldos, manifiesta que debe analizarse más allá de la omisión del deber de información y ver si se le perjudica a la afiliada, para este caso es más beneficioso para la demandante mantenerse en el RAIS y no trasladarse al RPM.

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) señora **Diana Patricia Góngora Martínez** el día 11 de diciembre de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA el 11 de diciembre de 1996, con efectividad del 01 de febrero de 1997 (fl. 86)

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

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

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

- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adocinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencias SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. Porvenir SA aportó: historia laboral, certificado de asofondos SIAFP, formulario de afiliación, certificado de afiliación expedida por Porvenir SA, constancia de publicación diario El Tiempo y concepto de la Super financiera (fls. 113 a 118).

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 11 de diciembre de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Claramente para el momento del traslado 11 de diciembre de 1996, la demandante tenía 348 semanas (fl. 86 digital), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 26 años (nació el 14 de septiembre de 1968 – fl. 61 digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el régimen de prima media una vez reúna las 1300 semanas (al 09 de febrero de 2021 ha cotizado 560 semanas – fl. 86 digital), con una mesada muy superior a la que alcanzaría en el RAIS, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir 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 la demandada Porvenir SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración, debe resaltarse que lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social de la demandante, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 de la constitución política, y no puede verse afectado por ningún motivo, y en ese sentido la AFP deberá realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos de administración, conforme lo indicó la Juez de instancia, pues fue descontado del aporte efectuado por la afiliada, y en ese sentido no se puede ver afectado su derecho a la seguridad social, por el simple hecho de haberse trasladado al RAIS, pues se reitera que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de traslado es retornar las cosas como si no hubiese existido el traslado. Se confirma.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Diana Patricia Góngora Martínez** de Colpensiones a la AFP Porvenir SA el 11 de diciembre de 1996.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes Colpensiones y Porvenir SA, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fijense 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 08 de abril de 2021 por el juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

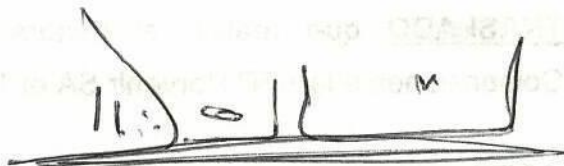
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500820190053401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500820190053401)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500820190053401)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 23-2019-721-01

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

DEMANDANTE: VICTOR JULIO PAEZ JAIMES

DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
AFP PROTECCIÓN SA

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colpensiones, Porvenir SA y Protección SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el día 02 de febrero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada Colpensiones (fl.70), así como Porvenir SA (fl. 65 a 68) y Protección SA (78 a 81) vinculado este último como litisconsorte necesario según lo dispuso el juzgado veintitrés laboral del circuito de Bogotá como consta en folio 43 del expediente, los anteriores presentaron alegaciones por

escrito, según lo ordenado en auto del 23 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **Víctor Julio Páez Jaimes** instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, AFP Porvenir SA y AFP Protección SA (vinculada como litisconsorte necesario según lo dispuso el juzgado veintitrés laboral del circuito de Bogotá como consta en folio 43 del expediente), debidamente sustentada como aparece en folios 2 a 14 con subsanación de folios 17 a 24, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES

1. Que se declare que el fondo de pensiones Colpatría hoy Porvenir SA omitió el deber de asesoría clara, precisa y real a mi mandante en la afiliación que le hizo firmar en septiembre de 1998, para vincularlo al fondo privado presentando a él los beneficios y desventajas frente a ese régimen pensional con cálculos suficientes y creíbles
2. Que se declare la nulidad del traslado de la actora al régimen de ahorro individual administrado por fondo de pensiones Colpatría hoy Porvenir SA en septiembre de 1998, al estar viciado el consentimiento de la actora en la falta de asesoría en trascendental, vinculación a fondo de pensiones Colpatría hoy Provenir SA.

CONDENAS

1. Se condene a Porvenir SA a trasladar los aportes de pensión obligatorios realizados por los empleadores a favor de la actora a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, junto con los rendimientos financieros que por ley debieron generar
2. Se condene a Colpensiones a aceptar el traslado y realizar el trámite del traslado de aportes provenientes de Porvenir SA, a favor de la actora
3. Lo que se demuestre en el proceso en virtud de las facultades ultra y extra petita
4. A las costas y agencias en derecho.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES y PORVENIR SA (fls.72 y 73) de acuerdo al auto del 12 de febrero de 2020. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 23 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 02 de febrero de 2021, **DECLARÓ** la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado del demandante Víctor Julio Páez Jaimes al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada Porvenir S.A. y por ende Protección SA conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia **CONDENÓ** a la demandada Protección SA a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido entre el 01 de febrero de 2001 y el 30 de noviembre de 2009, con motivo de la afiliación del demandante Víctor Julio Páez Jaimes, como cotizaciones , bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia. Parágrafo. Se autorizó efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Porvenir con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el día 01 de diciembre de 2009. **CONDENÓ** a Porvenir SA a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante Víctor Julio Páez Jaimes, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubiere causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia. **DECLARÓ** que el demandante se encuentra afiliado al régimen de Prima Media con prestación definida, administrado por el extinto ISS y hoy administrado por Colpensiones, por las razones expuestas. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **CONDENÓ EN COSTAS** la demandada Porvenir SA. **ORDENÓ** así fuere apelado el fallo se surta el grado jurisdiccional en Consulta ante el superior, en razón que las pretensiones son adversas a Colpensiones.

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

NULIDAD Y/O INEFICACIA:

Se solicita revocatoria total de la sentencia proferida para que se absuelva en todas las pretensiones a la representada, dado que la primera instancia declaró la ineficacia del traslado por la falta de información, cuando no le era obligatoria a la demandada, teniendo en cuenta que el comunicado de la super financiera circular Nro. 019 de 1998 tenía como única exigencia que se entendiera que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del formulario, de conformidad con las disposiciones vigentes, de manera que la representada cumplió con las obligaciones a su cargo y la permanencia del actor en el régimen de ahorro individual, ha sido una decisión libre y voluntaria e informada, toda vez que Porvenir SA y anteriormente Colpatria brindó la asesoría oportuna en donde se le informó ampliamente sobre el funcionamiento del régimen y de sus condiciones pensionales así como se aprecia en el formulario suscrito por el demandante en el año 1998 de otro lado no se puede aducir que se faltó al deber de información, obligando hoy día a aportar documentos que en ese entonces no eran obligatorios, cuando para la fecha del traslado la ley 1328 de 2009 en su art 3 y art 9 estableció el deber legal de las AFP de información, manifiesta que si tomásemos la declaración del demandante él fue claro que en dicho momento se le dio la información, y que en la ley 1714 de 2014 se establece la obligación de enviar extractos de la cuenta de ahorro individual, sin embargo la vigencia de esa norma es a partir del 26 de diciembre del 2014, razón suficiente para establecer que la obligación del traslado no es dable la falta de información al momento del traslado porque no era obligación entregar más documentación al momento del traslado.

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Así mismo, manifiesta que no es factible devolver los gastos de administración según el Inciso el 02 art 20 de la ley 100 de 1993 , ya que en el régimen de prima media se destinó un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración y pensiones de invalidez vejez y sobreviviente, lo anterior no forma parte integral de la pensión vejez por ende están sujetos a la prescripción, además se resaltó que el

concepto del 17 de enero de 2020 de la super financiera dijo expresamente que en los eventos de proceder los traslados por ineficacia las únicas sumas a reconocer son los montos de las cuentas de ahorro individual, sin la prima de seguro previsional, en consideración que la compañía aseguradora cumplió con mantener la cobertura vigente, de igual manera merece atención que al trasladar estos gastos a Colpensiones se constituye un enriquecimiento ilícito a favor de esa demandada, pues no existe norma que sustente tal devolución, en forma clara y sin lugar a equivocarse en la interpretación dice el art 113 literal b ley 100 del 93 menciona cuáles son los montos que se deben devolver cuando hay cambio de régimen, esto es el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos, lo que evidencia que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él, reitera que los gastos de administración no corresponden al demandante, sino solo lo existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado y sus rendimientos, por ende ordenar a una compañía no procedería pues hace parte de la gestión del fondo para implementar el capital de la cuenta de ahorro individual del afiliado, y que condenar la devolución de estas sumas equivale tanto como ordenarle a una compañía aseguradora que si no se presenta un siniestro devuelva las sumas que le consignaron, finalmente reitera que opera la prescripción sobre las sumas diferentes a las sumas que estén en la cuenta de ahorro individual, o los rendimientos financieros, por no corresponder a valores de los afiliados, montos diferentes a los que financian la pensión de vejez, por ende están sujetos al art 488 del código sustantivo del trabajo y al art 151 del código de procedimiento de trabajo, los supuestos sobre los que se condena no se encuentran demostrados por ende solicita absolver de cada una de las pretensiones de la presente demanda.

La parte demandada Protección SA

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Procede interponiendo recurso de apelación en especial en cuanto a los gastos de administración y los gastos del seguro previsional, considera que los descuentos de los gastos de administración se realizaron con disposiciones legales válidas, las comisiones pagadas a terceros de buena fe, en dichas cuentas de ahorro individual en el tiempo en el que estuvo el afiliado se mantuvo la cobertura y gestión de manera correcta, por ende sustenta que no deben trasladarse esos rubros a Colpensiones, toda vez que la representada puso todo su diligencia para que tuviera esos rendimientos significativos, el accionante en el que estuvo afiliado en la AFP protección tuvo unos aportes de \$33' 032. 334 pesos (treinta y tres millones, treinta y dos mil trescientos treinta y cuatro pesos) en todo el proceso y hubo unos

rendimientos de \$46'678.090 (cuarenta y seis millones seiscientos setenta y ocho mil cero noventa pesos) es decir en total \$85' 118.487 (ochenta y cinco millones ciento dieciocho mil cuatrocientos ochenta y siete pesos), superando los rendimientos a los aportes en un 150%, por ende considera injusto que se devuelvan dichos aportes porque no se puede sentar como derecho devolver unos aportes que esa entidad nunca administró, además que no es beneficiario de régimen de prima media, en sentencia de casación laboral deben notarse las consecuencias, donde se ve la buena administración del fondo con esos rendimientos, por ende se estaría generando detrimento patrimonial al fondo y se genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y el demandante, ya que con esos aportes si estuviera en régimen de prima media nunca hubieran generado esos rendimientos, por ende no deben trasladarse los rubros por parte del fondo privado, cierra recurso de apelación de manera parcial.

La parte demandada Colpensiones

NULIDAD Y/O INEFICACIA:

Sustenta recurso con base en que no existen elementos que vicien el consentimiento o tengan dolo en el caso, teniendo en cuenta que el demandante no tiene expectativa legítima, toda vez que en el momento del traslado no tenía 750 semanas y le faltaban más de 20 años para la pensión de vejez, lo anterior teniendo en cuenta la sentencia C 789 de 2002 sobre la expectativa legítima, también trae a colación la sentencia del año 2016 con radicado 0087 del 17 enero de 2017 del Tribunal Superior de Pereira el cual dice que la simple manifestación de inconformidad sobre el valor a recibir en el régimen de prima media pueda superior que el del RAIS frente a la mesada pensional, no es suficiente para sustentar una equivocada información por parte del fondo, sustenta que teniendo en cuenta el interrogatorio de la parte ahí el demandante dijo que estaba era inconforme con lo que iba a recibir del fondo privado como mesada pensional, siendo así que en el presente caso no se puede probar información falaz del fondo, teniendo en cuenta además que para la época el fondo no estaba obligado a suministrar más documentación ni información, por lo tanto el demandante viola su deber de cuidado y tuvo desinterés en su situación, por ende no hay lugar a la ineficacia decretada, solicita respetuosamente se revoque la sentencia.

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 las AFP Porvenir SA y Protección SA efectuado por el señor Víctor Julio Páez Jaimes el día 17 de septiembre de 1998 cuando se trasladó de régimen de Colpensiones a Colpatria, y de Colpatria a Horizonte SA el día 29 de septiembre del 2000 por fusión de las compañías, como el traslado de Horizonte SA a Protección SA el 13 de diciembre de 2000, así como el traslado de Protección a Horizonte SA el día 23 de octubre de 2009 para finalmente por fusión de Horizonte con Porvenir SA quedar en Porvenir SA a partir del 01 de enero de 2014 ; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir SA y Protección SA devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados a los fondos privados, 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 el día 17 de septiembre de 1998 cuando se trasladó de régimen de Colpensiones a Colpatria con fecha de efectividad del 01 de noviembre de 1998, como el traslado de Colpatria a Horizonte SA el día 29 de septiembre del 2000 con fecha de efectividad del mismo día por fusión de las compañías, y el traslado de Horizonte SA a Protección SA el 13 de diciembre de 2000 con fecha de efectividad del 01 de febrero de 2001, así como el traslado de Protección a Horizonte SA el 23 de octubre de 2009 con fecha de efectividad del 01 de diciembre de 2009, para finalmente por fusión de Horizonte con Porvenir SA quedar en Porvenir SA a partir del 01 de enero de 2014 con fecha de efectividad del mismo día.

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

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

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

- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante (fl.73 digital). Porvenir SA aportó: historial de vinculaciones de SIAFP, formato de afiliación, certificado de afiliación a la AFP Porvenir SA, relación histórica de movimientos Porvenir, relación de aportes, formulario de suscripción del afiliado, concepto super financiera, publicación diario El Tiempo (fl. 74 digital).

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 17 de septiembre de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindó 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 17 de septiembre de 1998, el demandante tenía 276 semanas (fl. 74 del expediente digital), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 44 años (nació el 9 de septiembre de 1950 – fl. 13) siendo beneficiario del régimen de transición y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el régimen de prima media (al 20 de octubre de 2019 ha cotizado 1.333 semanas – fl. 74) con una mesada muy superior a la que alcanzaría en el RAIS, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Protección SA ni 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 los apoderados de las demandadas Porvenir SA y Protección SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración, 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 la AFP deberá realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos de administración, 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 señor Víctor Julio Páez Jaimes de Colpensiones a la AFP Colpatria el día 17 de septiembre de 1998 cuando se trasladó de régimen, y de Colpatria a Horizonte SA el día 29 de septiembre del 2000 por fusión de las compañías, como el traslado de Horizonte SA a Protección SA el 13 de diciembre

de 2000, así como el traslado de Protección a Horizonte SA el día 23 de octubre de 2009 para finalmente por fusión de Horizonte con Porvenir SA quedar en Porvenir SA a partir del 01 de enero de 2014.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes Colpensiones, Porvenir y Protección SA, 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

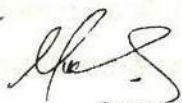
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de febrero de 2021 por el juzgado 23º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (Colpensiones, Protección SA y Porvenir 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 las apelantes; que se

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

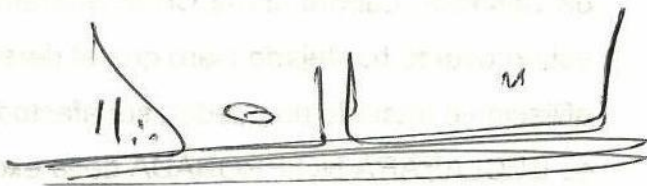
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502320190072101)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502320190072101)

Aclaro voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502320190072101)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 23-2019-00085-01

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

DEMANDANTE: MARIA DEL ROSARIO COLORADO NAVARRETE

DEMANDADO: COLPENSIONES
SKANDIA AFP
COLFONDOS AFP

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(SKANDIA AFP, COLFONDOS AFP Y COLPENSIONES)) //
CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandada (SKANDIA AFP, COLFONDOS AFP Y COLPENSIONES) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de febrero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 201), así como Colpensiones (fls. 196) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 15 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **MARIA DEL ROSARIO COLORADO NAVARRETE** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contra AFP OLD MUTUAL AFP hoy SKANDIA AFP, Y COLFONDOS AFP (quien en su momento fue vinculado procesalmente como litisconsorte necesario dentro del proceso fl 133), debidamente sustentada como aparece a folios 2 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad del traslado de régimen pensional de la demandante MARIA DEL ROSARIO COLORADO NAVARRETE identificada con C.C. 51.741.467, al régimen de ahorro individual con Solidaridad administrado al momento de la afiliación por la AFP SKANDIA hoy OLD MUTUAL efectuada en el mes de junio de 1997 por existir un vicio de consentimiento.
2. Que se declare que la demandada AFP SKANDIA hoy OLD MUTUAL incurrió en omisión al deber legal de informar a la demandante MARIA DEL ROSARIO COLORADO NAVARRETE todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
3. Como consecuencia de lo anteriores declaraciones , que se condene a la AFP SKANDIA hoy OLD MUTUAL en su calidad de administradora a la cual se encuentra afiliada la demandante y a COLPENSIONES, a tramitar de manera inmediata el regreso AUTOMATICO de la señora MARIA DEL ROSARIO COLORADO NAVARRETE al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por COLPENSIONES.
4. Que se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTIAS AFP SKANDIA hoy OLD MUTUAL a tramitar de manera inmediata el TRASLADO a COLPENSIONES administradora del régimen de prima media con prestación definida, de los valores de la cuenta de ahorro individual de la señora MARIA DEL ROSARIO COLORADO NAVARRETE, correspondiente a las cotizaciones al riesgo derivado de la vejez.
5. Que se condene a las demandadas, a lo que ultra y extra petita resulte probado dentro del proceso.
6. Que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls.57-78), con subsanación de contestación (fl115-121), OLD MUTUAL SA (fls.83-113) de acuerdo al auto del 28 de febrero de 2019. COLFONDOS SA envió contestación en medio digital (fl186) según lo requerido en audiencia del 2 de septiembre (fl133). Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de fondo y de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 23 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 10 de febrero de 2021, **DECLARÓ** la **NULIDAD** o **INEFICACIA** de la afiliación o traslado de la demandante **MARIA DEL ROSARIO COLORADO NAVARRETE** al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS SA** hoy **SKANDIA AFP** y por ende a **COLFONDOS SAPENSIONES Y CESANTIAS SA**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. **CONDENÒ** a la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de octubre de 2011 y el 30 de abril de 2018, con motivo de la afiliación de la demandante **MARIA DEL ROSARIO COLORADO NAVARRETE**, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que hubiera causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, autorizo efectuar el descuento del dinero que transfirió **AFP SKANDIA** con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante el 01 de mayo del 2018. **CONDENÒ** a la demandada **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** hoy **SKANDIA AFP** a devolver o trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **MARIA DEL ROSARIO COLORADO NAVARRETE**, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que hubiera causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional. **DECLARÒ** que la demandante **MARIA DEL ROSARIO COLORADO NAVARRETE** para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**

COLPENSIONES, por las razones expuestas. **DECLARÒ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **CONDENÒ** en costas a la demandada **SKANDIA AFP**, y **SOLICITO REMITIR EN GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en los términos del artículo 69 CPT y de la SS.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La apoderada presenta recurso parcial contra la sentencia proferida en la primera instancia, la inconformidad reposa específicamente en el numeral 3 de la sentencia en cuanto a la orden de devolver los dineros y en especial con respecto a la devolución de los gastos de administración, frente a esta inconformidad es basada en que el despacho se aparta en los postulado de orden legal encontrando que en el decreto 3995 del 2008 art 7 señala de manera muy específica y concreta cuáles son los valores que deben trasladarse en el momento del traslado de los recursos, por ende viendo el sustento de la sentencia no obedece los postulados de orden legal, repara entonces en el tema de los gastos de administración encontrando que existen por el contrario varios conceptos emitidos por los entes de control como lo es la superintendencia financiera quienes en varias ocasiones ha reiterado que nada debe referirse frente a los gastos de administración porque la ley no contempla que deban devolverse estas erogaciones o pagos, además de los postulados de orden legal también están los postulados de orden práctico teniendo en cuenta que la demandante según su afiliación tuvo una cobertura durante el tiempo para cubrir las respectivas pólizas, por ende esos dineros no se encuentran en las arcas de la entidad sino en terceros que expiden dichas pólizas, trayendo a colación que en la motivación de la providencia se dice que les toca responder con recursos propios, generando entonces un detrimento económico, no solo a la entidad sino al sistema, cuando la ley 100 ha dado una destinación específica, y la entidad siempre ha cumplido con la destinación legal de esos gastos de administración, por ende de manera respetuosa pide a los magistrados evaluar esos criterios jurisprudenciales, en caso de confirmar la sentencia de primera instancia les pide evaluar la figura de prescripción que fue presentada como excepción de mérito frente a los gastos de administración, ya que esos gastos tienen una destinación diferente a los recursos de la pensión de la demandante, se sustenta parcialmente basado en ese supuesto.

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

Presenta recurso de apelación según lo concerniente a los gastos de garantía y de pensión mínima y las primas de la aseguradora, Solicita a los honorables magistrados según el decreto 4982 de 2007 art 1 que se tenga en cuenta que el aporte de los riesgos de pensión invalidez vejez y muerte, en la redistribución de los recursos el 11.5% al K, y el 1.5% destinado al fondo de garantía de pensión mínima y por último el 3% correspondiente a la comisión de administración, estos recursos no están en poder de Colfondos, además en la fijación del litigio nunca se dijo sobre la devolución de dineros que tuvieran terceros que ni siquiera fueron vinculados al proceso, violándose así su derecho de defensa y contradicción, al paso que dichas garantías también fueran descontadas por Colfondos, por lo tanto se solicita a los honorables magistrados que se absuelva a la representada, de trasladar dichos conceptos al RPM pues no hay lugar a la misma, máxime cuando la afiliación de la actora al RAIS se ha puesto vigente a los riesgos de invalidez y muerte durante el tiempo que estuvo en la representada, obligando al fondo a que se devuelva el pago de las primas y comisiones de la aseguradora, por lo anterior solicita se revoque la sentencia parcialmente la sentencia en la primera instancia.

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

Presenta recurso de apelación, pide se tenga en cuenta que no se tienen vicios de consentimiento ni dolo, adicional a que la demandante contaba con menos de 750 semanas al momento del traslado y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez, lo anterior basado en la sentencia C 789 de 2002 en cuanto a la llamada expectativa legítima, también no era beneficiaria del régimen de transición así como la sentencia SU 130 de 2013 por lo tanto la demandante deberá someterse al mandato del régimen de pensiones en el cual se encuentra afiliada, en el presente caso no se logró probar una información equivocada ni falaz, teniendo en cuenta que en el año 97 los fondos solo tenían la obligación de brindar información al momento del traslado por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada por lo que hay un desinterés, la afiliada decidió cotizar de manera libre y voluntaria por más de 20 años, por lo tanto pide a los honorables magistrados que tengan en cuenta que en el caso se evidencia que la principal motivación es que se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en el RAIS esto teniendo en cuenta la sentencia con radicado 20160087 del 17 de enero de 2017 del tribunal superior de Pereira, donde se dijo que la sola inconformidad con la mesada pensional no se

sustenta como vinculante para sustentar un engaño por parte de los fondos, por lo anterior se solicita de manera respetuosa se revoque la sentencia.

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 SKANDIA SA efectuado por el (la) señora **MARIA DEL ROSARIO COLORADO NAVARRETE** el día 18 de junio de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP SKANDYA SA Y AFP COLFONDOS SA devuelvan 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 Pensionar SA (hoy AFP SKANDIA) el 18 de junio de 1997, con efectividad a partir del 1º de agosto de 1997 (FI.199 expediente electrónico contestación Colfondos), que solicitó el traslado a la AFP COLFONDOS SA el 19 de agosto de 2011 (FI.199 expediente electrónico contestación Colfondos), y que solicitó trasladarse al AFP OLD MUTUAL (hoy AFP SKANDIA) el 03 de mayo de 2018 (fi90)

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 de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del

precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre

otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó el expediente administrativo de la demandante. OLD MUTUAL SA (hoy SKANDIA AFP) aportó: formulario de afiliación 053337 Pensionar, formulario de afiliación 797578 Old Mutual, derecho de petición y respuesta a la demandada, estado de cuenta e historia laboral consolidada, COLFONDOS SA aportó: certificado de asofondos SIAFP, formulario de afiliación (2011).

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 18 de junio 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 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 18 de junio de 1997, la demandante tenía 734,71 semanas (fl. 104), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 01 de mayo de 1960 – fl. 198 digital “GRP-SCH-HL”) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad podría pensionarse en el año 2017 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.844,71 semanas – fl. 104), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP PENSIONAR SA hoy SKANDIA 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 los apoderados de la parte demandada SKANDIA SA Y Colfondos SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración y seguros previsionales, debe resaltarse que lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social de la demandante, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 de la constitución política, y no puede verse afectado por ningún motivo, y en ese sentido la AFP deberá realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos de administración, conforme lo indicó el Juez de instancia, pues fue descontado del aporte efectuado por el afiliado y en ese sentido no se puede ver afectado su derecho a la seguridad social, por el simple hecho de haberse trasladado al RAIS, pues se reitera que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de traslado es retornar las cosas como si no hubiese existido el traslado. Se confirma.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **MARIA DEL ROSARIO COLORADO NAVARRETE** del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PENSIONAR SA hoy AFP SKANDIA SA el 18 de junio de 1997

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes SKANDIA SA, COLFONDOS 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 10 de febrero de 2021 por el juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES, SKANDIA SA, y COLFONDOS 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 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. 11001310502320190008501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502320190008501)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502320190008501)



REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación 36-2017-00651-01

DEMANDANTES: JOSE HERNANDO TUNJO ALONSO

MARIA ALCIRA TUNJO CHIGUASUQUE

**DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

ASUNTO : APELACIÓN (DEMANDANTE)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá el día el día 20 de abril de 2021 en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 21 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes

ANTECEDENTES

Los señores **JOSE HERNANDO TUNJO ALONSO Y MARIA ALCIRA TUNJO CHIGUASUQUE** instauraron demanda ordinaria laboral contra de AFP Protección SA, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl 1 a 8 expediente digitalizado, 01, "expediente administrativo"):

- 1) Que se condene a Protección SA, representada legalmente por el doctor Juan David López Solórzano, o a quien haga sus veces, a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a los señores José Hernando Tunjo Alonso y a María Alcira Tunjo Chiguasuque en calidad de padres superviviente del señor Edwin Hernando Tunjo Tunjo (qepd) a partir del día 24 de Octubre de 2015, con los respectivos reajustes, y mesadas adicionales de Ley.
- 2) Que se condene a Protección SA, representada legalmente por el doctor Juan David López Solórzano, o por quien haga sus veces, a reconocer a los prohijados los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, debidamente indexadas las sumas adeudadas.
- 3) Que si la entidad demandada se opone a la prosperidad de tal acción, solicito señor juez, sea condenado a pagar las costas y agencias en derecho, que se generen por el presente proceso.
- 4) Que se condene a la entidad demandada a pagar al poderdante todo derecho prestacional o pensional que llegare a probarse en el decurso del proceso, con base en la facultad extra o ultra petita que le asiste a los juzgados de instancia.

La entidad accionada contestó la demanda (fls. 55 a 83, archivo 01. Expediente digitalizado) de acuerdo al auto del 02 de noviembre del 2017. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 36° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 20 de abril de 2021 **ABSOLVIÓ** a Protección S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra por los señores José Hernando Tunjo Alonso y María Alcira Tunjo Chiguasuque **CONDENÓ** En Costas a los demandantes, Incluyendo en su liquidación la suma de \$500.000 por concepto de agencias en derecho, envió en Consulta con el Superior la decisión, en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo accionante.

RECURSO DE APELACIÓN

Apelación parte demandante:

Presentó recurso de apelación con el ánimo de revocar la decisión que se tomó en primera instancia, sus fundamentos sustentados en que no se dio una valoración probatoria suficiente por la primera instancia para tomar una conclusión o una postura frente a la situación fáctica, que demuestra que en efecto la señora Alcira Tunjo y el señor José Hernando Tunjo sí dependieron económicamente de su desaparecido hijo.

Se referencia una prueba aportada dentro del expediente, específicamente a la investigación administrativa desplegada por la empresa CYZA, rendida a través de informe del 07 de enero de 2016, la misma que contrató PROTECCIÓN AFP para hacer la investigación y la misma empresa concluye en su investigación que los señores HERNANDO TUNJO ALONSO sí dependieron económicamente de su hijo, por cuanto así está en la conclusión del informe, dependencia por un espacio superior a 5 años, sosteniendo que el requisito para que sean tenidos como beneficiarios los progenitores del causante, no es la convivencia.

Entonces, manifiesta que la tesis del despacho al decir que hay “imprecisiones” a la hora de manifestar que las personas que rindieron declaraciones de terceros para la convivencia o por el tiempo de convivencia, no se refiere cuando quienes se presentan a reclamar la pensión son los padres, sustenta que este tipo de convivencia que se exige, es únicamente de los consortes del pensionado que fallece, ni siquiera del afiliado fallecido. Entonces, reitera que si la convivencia fue hasta el último de los días del señor Edwin, esto es un dato que es irrelevante para definir una Litis como la que se ha traído, máxime en lo que respecta a lo que se alude de que “la parte demandante es la que corre con la carga de demostrar sus hechos”, en el escrito de la demanda se solicitó como documentos el poder de la parte demandada que aportaron al expediente administrativo y sustentan se hizo, la finalidad de esa solicitud era que la AFP encargada, aportara todos los documentos que demostraran cuál fue la investigación o qué documentos reposan en su poder acerca de lo que se disputa y que pudiera ofrecerles esas luces al juzgado para tomar una decisión de fondo. Por cuanto considera el apelante se cumplió con esa carga, por todo el informe del 07 de enero de 2016, en donde la empresa CYZA concluye para PROTECCIÓN AFP que en efecto los señores ALCIRA y HERNANDO, dependieron económicamente de EDWIN.

Refiere el apoderado de la parte demandante que también *el A quo* se refirió a que, “no se entiende por qué en el relato de los deponentes, estos manifiestan que el causante trabajó solamente hasta el año 2013 y aparece en el reporte de semanas de cotización, cotizaciones casi que, hasta noviembre del 2015, es decir, inclusive un mes después de su haber muerto esta persona”. Sostiene que precisamente en el criterio objetivo de la persona aparece que trabajar es simplemente la prestación del servicio de manera personal, manifestó que es de conocimiento de todos que dentro de este litigio, el señor Edwin durante sus últimos dos años de vida estuvo convaleciente, razones por las cuales se encontraba en incapacidad y no podía por esas razones prestar de manera personal el servicio sin embargo, es sabido que el vínculo laboral se mantiene actuante y más en situaciones tan delicadas como la incapacidad para trabajar por razones de enfermedad, explica que esa es la razón por la que siguen apareciendo cotizaciones al sistema general de pensiones en favor de EDWIN hasta el último de sus días.

Si en gracia de discusión, dice el apoderado, que se aceptara que los progenitores deberían de convivir hasta el último de los días con el causante, es bastante decantado en el proceso que la razón por la cual EDWIN y sus padres no partieron juntos al municipio de Soacha, sostiene que fue por razones de conveniencia dadas las circunstancias tan especiales en las que se encontraba EDWIN, donde se manifestó y no solamente en las declaraciones que se vertieron al proceso, sino también en las que aparecen consignadas en la investigación a la que tanto se hace referencia, sostiene que era por la cercanía de ese lugar al Centro Médico donde eran prestados los servicios de salud que requería EDWIN.

Así mismo manifiesta que, en una de las entrevistas aparece que ese lugar queda a 3 cuadras, sosteniendo el apoderado :”a mí en lo particular, también me consta, porque esa dirección es bastante cercana a la dirección de Compensar que comúnmente se conoce como la calle Avenida Primero de mayo y en Bogotá es un punto de atención de Compensar bastante famoso, entonces para mí si tiene en realidad consistencia eso” sostiene que es consecuente porque conoce también el sitio, y que cualquier ciudadano en Bogotá conoce que Compensar tiene un Centro de atención a sus usuarios que comúnmente se denomina el de la Avenida Primera de mayo, y coincide o tiene cercanía con la dirección que reportan que fue donde convivió EDWIN, que es la calle 42 bis Sur #78b-39 en el barrio Kennedy.

Por lo anterior, manifiesta el apoderado que el Juzgador de primera instancia al dejarse llevar del sesgo que le quiso imprimir el apoderado de la parte pasiva, al darle un alcance diferente a la entrevista y a la investigación administrativa que desplegó la empresa CYZA, donde se trata de interpretar en favor de PROTECCIÓN, pues considera que al ser el informe real y

definitivo en esa investigación administrativa se debe concluir que sí existía esa dependencia económica y que es capricho de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Protección SA, el querer negar esa prestación económica en favor de los señores ALCIRA y HERNANDO.

Manifiesta que los datos de la dependencia económica es el requisito que verdaderamente tienen que demostrarse, considera que están bastante y plenamente identificados, dice e apoderado que, las manifestaciones de todos han ofrecido esas luces por cuanto todos fueron contestes en manifestar que EDWIN contribuía con mercados, que EDWIN trabajaba inclusive, que supone que fue como trabajador en misión, porque el empleador que aparece es en ventas y servicios que es una empresa que tiene su objeto social la de colocación de empleos en empresas grandes como almacenes Olímpica y desarrollando sus actividades, pues le quedaría fácil contribuir con mercados.

Manifiesta que, una de las testigos también fue capaz de manifestar que presencié que Edwin entregó dinero a la señora ALCIRA para que cubriera los gastos que ocasionaba el arriendo, o gastos de servicios públicos, considera que son datos verdaderamente reales que demuestran que si hubo una dependencia económica hacía EDWIN, que no tiene por qué ser absoluta porque la Jurisprudencia ya ha decantado con suficiente claridad que la dependencia que se exige de los padres no puede ser de manera absoluta, que debe detenerse en su sentido natural y es obvio que es de recibir ese apoyo, apoyo sin el cual las situaciones del beneficiario se ven bastante menguadas.

Solicita al Tribunal, revoque el fallo y en su lugar conceda la pensión de sobrevivientes a los señores ALCIRA y HERNANDO TUNJO, padres de EDWIN a partir del 24 de octubre del año 2015, con los respectivos intereses moratorios por la falta de pago, apoyada en un capricho de la Administradora de Fondos de Pensiones.

También como petición especial, manifestó al Tribunal que se pronunciara en caso de fallar en contra, acerca del monto de las costas en las que fueron sancionados los demandantes, que rebasan la capacidad de pago de estas personas, porque son personas que en su sentir de desprotección tienen que acudir ante la justicia porque en la instancia administrativa les fue negado su derecho, entonces no debieran ser penados con una multa tan alta por hacer uso del servicio judicial que es gratuito y el hecho de que existan este tipo de imposiciones, no deberían hacer más gravosa la situación por la cual se encuentran pasando estas personas dolidas y aparte menguadas en materia económica.

Finalmente el apelante considera que el *A quo* no le dio una valoración verdaderamente exhaustiva y no acudió precisamente a la conclusión a la que arribó la empresa CYZA que fue quien corrió con la investigación administrativa dentro de este caso.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES:

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1)** Sí conforme al material probatorio recaudado, los señores José Hernando Tunjo Alonso y Maria Alcira Tunjo Chiguasuque en calidad de padres del afiliado fallecido, acreditan la dependencia económica respecto del causante el señor Edwin Hernando Tunjo Tunjo, para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. **2)** intereses moratorios según artículo 141 de la ley 100 de 1993 **3)** Indexación **4)** excepción de prescripción.

ANALISIS RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES:

Sea lo primero indicar que, no se encuentra en discusión que los señores José Hernando Tunjo Alonso y Maria Alcira Tunjo Chiguasuque son padres del causante (fl. 25 pdf. expediente digitalizado 01 registro civil de nacimiento), pues tal hecho no fue objeto de inconformidad por las partes, así como tampoco, que el señor Edwin Hernando Tunjo Tunjo, falleció el 24 de octubre de 2015 (fl. 27 expediente digitalizado 01)), Teniendo en cuenta lo anterior, la norma aplicable para definir el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada corresponde al literal d) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, norma que dispone que podrán ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes **“A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este”**.

Ahora bien, el numeral segundo del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 establece podrá ser posible el reconocimiento de la prestación de sobreviviente, siempre y cuando el afiliado fallecido hubiese cotizado 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento, precisando que de conformidad con el reporte de historia laboral expedido por Protección SA (fl.50 expediente digitalizado), da cuenta que el causante cotizó un total de 3 años anteriores al fallecimiento, aspecto éste que no es objeto de discusión dentro del proceso, por no estar en controversia y que además se acredita con el reporte de cotizaciones y aportes expedido por la misma entidad, obrante a folio donde se reporta un total de **297,57** semanas cotizadas en toda su vida laboral, de los cuales cotizó **156,62** los últimos tres años, antes del 24 de octubre de 2015 (fecha de su fallecimiento).

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia SL15515 radicación No 53076 del 27 de septiembre de 2017, en la que el máximo órgano de cierre ha manifestado que a efectos de determinar la dependencia económica, la misma no puede equipararse a un estado de miseria de los padres para acceder al beneficio de la pensión de sobrevivientes, ya que, antes de imperar el concepto de subsistencia, en materia de seguridad social, predomina el de vida digna y decorosa de los afiliados, por lo que el entendimiento que se dio al literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, corresponde al criterio jurisprudencial sostenido por la H. Corte Suprema de Justicia, igualmente en sentencia C-111 de 2006.

Bajo el anterior presupuesto, entonces determinará la Sala si en el presente caso se demuestra que los padres del causante dependían económicamente de su hijo Edwin Hernando Tunjo Tunjo, esto es, si con sus ingresos éste contribuía a satisfacer las condiciones mínimas de subsistencia de su madre y padre, o si por el contrario, tal dependencia económica no se verifica en el presente asunto.

Ahora bien, obra a folios 74 a 85 informe investigativo Nro. 13742/2015 empresa CYZA en la cual asegura el técnico investigador Señor Oscar Leonardo Caviedes García con cédula de ciudadanía 79.604.085 de Bogotá que: "Protección SA Anota: Verificar dependencia económica con la señora María Alcira Tunjo Chiguasuque y el señor José Hernando Tunjo Alonso en calidad de padres" por cuanto el día 23 de Diciembre del 2015 fueron contactados los padres del fallecido, señores María Alcira Tunjo Chiguasuque y el señor José Hernando Tunjo Alonso en su lugar de residencia con dirección 80M Bis A Nro. 67ª 45 quienes de manera libre y voluntaria manifestaron: que están casados desde 1987, que tuvieron dos hijos y que siempre convivieron con sus dos hijos, pero que en el año 2013 su hijo Edwin Tunjo Tunjo

empezó a padecer una enfermedad llamada Meningitis, que antes de padecerla trabajaba en Olímpica (Efiventas) en donde su hijo aportaba a la casa en todo lo que necesitaran, pero desde que enfermó quedaron desamparados, por cuanto buscaron la forma de sobrevivir, por cuanto se fueron a vivir a Soacha y dejar a su hijo donde su abuela materna, con quien vivió hasta que falleció...” todo lo anterior expresado bajo la gravedad de juramento.

Ahora bien, la empresa CYZA contratada por la AFP Protección SA, en su informe investigativo Nro. 13742/2015 manifiesta expresamente que: “En virtud de los elementos de juicio con los que se cuenta al momento de la elaboración del informe, se concluyó que existió dependencia económica entre el señor Edwin Hernando Tunjo Tunjo y sus padres María Alcira Tunjo y Jose Hernando Tunjo durante un tiempo muy superior a cinco años hasta el momento del fallecimiento del causante”.

En igual sentido, se realizaron entrevistas a las señora Yamile Wilches de Guerrero, y el señor Epidio Montoya Ramírez, arrendatarios de los demandantes, como consta en folios 80 a 83 del expediente digital 01, quienes coincidieron en manifestar que vieron cómo el señor Edwin Hernando Tunjo Tunjo, proveía económicamente a sus padres para que ellos pagaran sus servicios y mercado hasta que la enfermedad no lo dejó continuar con tal sustento y sus padres tuvieron que mirar la forma de subsistir, así mismo el mismo reporte en referencia Nro. 13742/2015 de la empresa CYZA, adelanta investigaciones de campo en el barrio Kennedy lugar donde Edwin pasó sus últimos días de vida en la residencia de su abuela materna, donde entre otros testimonios se manifiesta por parte de su tío Henry Tunjo Chiguasuque que “...aproximadamente desde el mes de febrero del 2015 tuvo conocimiento que su sobrino llegó a vivir a la casa por razones de salud, pues esa residencia le quedaba más cerca al centro de salud, Compensar..”, “...que toda la vida observó cómo su sobrino veía por sus padres hasta que sufrió la discapacidad producto de su enfermedad...”, todo lo anterior expresado bajo la gravedad de juramento.

Adicional a lo anterior, fueron citados como testigos a la audiencia en primera instancia el día 09 de abril de 2021 los señores Rosa Irma Carvajal, Luz Marina de Prieto y Helbert Tunjo Atehortua, para ser interrogados por la Juez y apoderados de las partes, donde la señora Irma Carvajal, fue la primera interrogada y manifestó a la juez de instancia que conoció a los demandantes porque eran vecinos del barrio, a la pregunta de cuánto se ve con la parte demandante, manifestó que antes eran allegados porque sus hijas tenían la misma edad, a la pregunta de si sabía cuánto pagaban de arriendo dijo no tener conocimiento, frente a los mercados y servicios dijo que sus vecinos dependían económicamente de su hijo cuando él ya se hizo un hombre, dijo que presencié cuando su hijo les ayudaba económicamente para

sufragar los gastos de la casa pero manifestó no saber cuánto ganaba, así mismo manifestó saber que Edwin trabajaba en Olímpica como cajero auxiliar, y que cuando el hijo enfermó el padre tuvo que rebuscarse como todero, en construcción, o lo que le saliera ya que su esposa también tiene un estado delicado de salud. Frente a las preguntas del apoderado de la AFP protección SA la testigo manifestó que el joven Edwin vivió con sus padres todo el tiempo.

Posteriormente la señora Luz Marina Varela de Prieto, manifestó a la juez de instancia que conoció a los demandantes hace 40 años porque fueron vecinos de barrio, decía que se veían cada mes o según la ocasión, manifestó que sabe que pagan arriendo desde siempre, que viven con su otra hija, manifestó que el señor Edwin hijo de la pareja vivió con sus padres, y que para el momento que el falleció estaban viviendo en Soacha, a la pregunta de la juez de instancia sobre qué actividad hacen los demandantes dice que el señor Hernando hace arreglos de electricidad, o técnico electrónico, y que la señora Alcira cuando se casó se dedicó a su hogar a estar pendiente de su esposo e hijos, que a veces trabajaba en hacer aseo a casas, manifestó que para solventar los gastos la familia el hijo Edwin tunjo una vez salió del colegio no pudo seguir estudiando y empezó a trabajar, que no recuerda dónde trabajo sino el último lugar de trabajo en Olímpica como cajero para pagar arriendo y el estudio de la hermana, no se hicieron preguntas por parte de los apoderados.

Por último el señor Helbert Tunjo Atehortua, a la pregunta de la juez si es familiar de los demandantes manifestó que no, que conoce a los señores desde 1984 porque la señora es hermana de la esposa del cuñado, por eso los conoce de ahí y del mismo barrio, manifiesta que los conoció desde bosa san José hasta hoy día Piamonte san José, manifiesta que a veces los visita y que por eso sabe que ellos viven los tres, los señores y la hija, que el joven Edwin nunca se casó y que fue muy de casa, que cuando Edwin falleció los demandantes vivían cerca de él, manifiesta que Edwin murió de meningitis a los 29 años, que estaba siempre pendiente de sus citas, y de sus papás, que el señor Edwin falleció en la clínica en el año 2015, que lo hospitalizaban por tiempos y que lucía demacrado, que lo veía de vez en cuando, que trabajó de auxiliar cajero en la Olímpica, sobre qué actividad hacen los demandantes dice que sabe que la señora Alcira a veces hacía aseo en la empresa donde trabajaba su hijo, y don Hernando vive de lo que le salga, es independiente, reiteró que Edwin honraba a sus padres trabajando para pagar los mercados, servicios, arriendo, manifestó que después de que falleció Edwin el papá es quien ha tenido que salir a rebuscarse en lo que salga para conseguir el diario, que su esposa e hija no trabajan actualmente.

En ese orden de ideas, debe señalarse que se encontró acreditado que los ingresos de los demandantes, no resultaban suficientes si quiera para su manutención, por lo que se veían

obligados a requerir ayuda a su hijo Edwin Hernando Tunjo Tunjo, quien proporcionaba a sus padres todo en cuanto les fuera necesario, y que independientemente de la cuantía era quien aportaba principalmente para el sostenimiento del hogar de sus padres, hecho que fue corroborado por los testigos recibidos en el presente asunto, con lo que se llega a la conclusión que se trata de una dependencia económica de la parte demandante en su calidad de padres, respecto de su hijo fallecido, enmarcada dentro de la dependencia exigida por el artículo 74 de la ley 100 de 1993, y que modificó el artículo 13 de la ley 797 de 2013.

Así pues, en los términos de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 74595 del 11 de diciembre de 2019 SL5574, el máximo Tribunal adoctrinó frente al tema de la dependencia económica de los padres, respecto del causante hijo, y lo manifestó así:

*Respecto de la dependencia económica de los padres del causante, esta Sala Laboral de la Corte se ha pronunciado, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 4 dic. 2007, rad. 30385 y CSJ SL, 29 jul. 2008 rad. 30847, donde se ilustró que dicho requisito, no se circunscribe a «la **carencia absoluta de recursos**», toda vez que, aunque los beneficiarios cuenten con otros ingresos o auxilios económicos adicionales a los que le suministraba su hijo causante, ello no es óbice para que puedan acceder a la pensión de sobrevivientes.*

En efecto, esta Sala antes de la declaratoria de inexequibilidad contenida en la decisión CC C-111-2006, ya había interpretado el concepto de «dependencia económica», con la reforma que introdujo el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que no podía tener connotación de «total y absoluta», pues se configura en la medida de que los beneficiarios, a pesar de tener «un ingreso o patrimonio», no sean «autosuficientes económicamente» para subsistir dignamente, situación que los hacían supeditados a la colaboración proveniente del de cujus (CSJ SL, 5 feb. 2008, rad. 30992).

La aludida providencia, fue reiterada por la CSJ SL1804-2018, en donde se enseñó que:

[...] el hecho de que la demandante no solo dependía económicamente de la causante, por cuanto otra de sus hijas contribuía para el mantenimiento del hogar, como lo aduce el censor, lo cierto es que la circunstancia de que otros familiares contribuyeran con su sostenimiento, no implica que fuera una persona autosuficiente desde el punto de vista económico, que es lo que debe analizarse a la hora de determinar la existencia de la dependencia económica...

Por lo tanto la Corte establece que el hecho de que un beneficiario cuente con otras ayudas económicas, adicionales a las que les proporcionaba el causante, no impide que pueda tener derecho a la pensión de sobrevivientes.

Por lo anterior, es preciso para la Sala anotar que la subordinación económica no se predica frente a un determinado *quantum* de ingresos, al no tener que ser la dependencia total o absoluta, como ya se dijo, si no que se tiene que analizar en cada caso particular, por lo que en el presente asunto se allegan pruebas suficientes que el hijo de esta familia ayudaba en cuanto a servicios públicos de vivienda y mercado, entre otros mientras le fue posible.

En este orden, no evidenciándose la existencia de cónyuge o hijos del causante con derecho a la pensión, con fundamento en la prueba recaudada y la aportada, considera la Sala, se encuentra demostrada la dependencia económica en los términos exigidos por el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, y las sentencias SL15515 Rad. No 53076 del 27 de septiembre de 2017, y la SL5574 con Rad. No 74595 del 11 de diciembre de 2019.

Por todo lo anterior, esta Sala puede observar según el material probatorio del caso, que, efectivamente la parte actora dependía económicamente del causante, y que es claro que desde febrero del año 2015 el señor Edwin Tunjo Tunjo se trasladó temporalmente a vivir donde su abuela materna por la facilidad de llegar a sus citas médicas al centro de salud Compensar que quedaba a unas cuantas cuadras, pero no implicaba perder el vínculo con sus padres, aunado al hecho que la misma demandada a través de la empresa CYZA solicitó que se realizara una investigación administrativa la cual arrojó como resultado la dependencia económica en calidad de padres de los demandantes respecto del causante Edwin Hernando Tunjo Tunjo, razón por la cual para la sala son admisibles las razones incoadas por el recurrente en su recurso de alzada, en consecuencia habrá de REVOCARSE la sentencia proferida de primera instancia, para en su lugar CONDENAR a la AFP Protección SA, a RECONOCER y PAGAR a los señores JOSE HERNANDO TUNJO ALONSO, MARIA ALCIRA TUNJO CHIGUASUQUE en calidad de padres de la pensión de sobrevivientes de su hijo EDWIN HERNANDO TUNJO TUNJO.

MESADA PENSIONAL

En lo referente al *quantum* de la pensión, se tiene que conforme a lo previsto al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizado a 2015.

No obstante lo anterior, se observa del resumen de semanas cotizadas que el causante, efectuó cotizaciones sobre el salario mínimo legal mensual vigente, para cada período. Por lo que se tendrá que la primera mesada pensional en ningún caso podrá ser inferior al SMLMV por así disponerlo las normas legales y constitucionales.

En suma, se reconocerá y se pagará a los demandantes una mesada equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad de la cual corresponderá el 50% para cada uno, junto con 13 mesadas pensionales al año, toda vez que adquirió el derecho a la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011, conforme lo establecido en el párrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 01 de 2005.

INTERESES MORATORIOS DE LA LEY 100 DE 1993

En lo relacionado con el pago de los **intereses moratorios** previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993¹, debe indicarse que la condena de intereses moratorios se impone, sin tener en cuenta para ello el comportamiento de la entidad obligada al pago, esto es, si medió o no buena fe en su actuación, o si eventuales circunstancias impidieron el pago oportuno de la prestación. Al respecto se trae a colación la sentencia del 06 de noviembre de 2013, radicación 43602 mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre adocrinó:

(...)

La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Situación que fue reiterada en la sentencias del 12 y 19 de marzo de 2014, radicación 44526 y 45312 respectivamente, en el que morigera la postura referente a no considerar para efectos de establecer la procedencia de los intereses de mora, el concepto de buena o mala fe o de las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional, (Sentencia SL 3687 con radicación 67780 del 3 de septiembre de 2019).

¹ «A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago».

Aunado a lo anterior, en reciente pronunciamiento por parte de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3130 Rad. 66868 del 19 de agosto de 2020 y SL 1681 – 2020, entre otras, frente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, adoctrinó

En paralelo a lo anterior, esta corporación ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios (CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras), de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta del deudor obligado, sino que proceden automáticamente por la mora en el pago efectivo de la obligación.

En la sentencia CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21892, se dijo también que los intereses moratorios tenían ese importante designio de hacer justicia a una parte vulnerable de la población cuyo sostenimiento dependía del pago de su pensión.

En concordancia con lo antes expuesto, debe decirse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 estipula que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la administradora está obligada al pago de los intereses moratorios sobre el importe de la obligación a su cargo.

Ahora bien, el artículo primero de la Ley 717 de 2001 establece que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deberá efectuarse a más tardar **2 meses contados a partir de la fecha presentación de la solicitud con la documentación que acredite el derecho.**

Aclarado lo anterior, dado los medios probatorios allegados al proceso, no se acredita por la parte demandante efectivamente cuándo se presentó la solicitud administrativa, tan solo se tiene por cierto que si bien presentaron una reclamación, se tiene solo respuesta de la entidad del 26 de abril de 2016 (fls. 26 y 27), bajo el argumento que los demandantes no acreditaron la dependencia económica.

Así las cosas, ya que en la parte demandante recae la carga probatoria de aportar la prueba que relaciona la fecha en la que se presentó la solicitud administrativa a la entidad, ante dicha omisión no procede condena a intereses moratorios, no es posible tener certeza sobre la fecha a partir de la cual nace el derecho en los intereses moratorios ya que por lo tanto no queda otro camino que ABSOLVER de los intereses moratorios de que trata el art 141 de la ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior como quiera que se solicitó la indexación, se CONDENARÁ a la demandada Protección SA a pagar el retroactivo debidamente indexado al momento de la cancelación a la parte demandante.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Ahora bien, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por la AFP Protección SA, cabe señalar que la misma comenzó a correr el 24 de octubre de 2015, fecha en que falleció el causante, que la parte demandante solicitó el reconocimiento pensional y que el día 26 de abril de 2016 se dio respuesta (fls. 26 y 27), y radicó la presente demanda el día 26 de septiembre de 2017, tal y como consta en el acta de reparto visible a folio 40, sin que por tanto haya operado el fenómeno prescriptivo previsto en los artículos 488 de CST y el 151 del CPTSS, por lo que se **DECLARARÁ NO PROBADA** la excepción de prescripción.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA: Sin costas en esta instancia, en la primera a cargo de la parte demandada.

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. REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia el día 20 de abril de 2021 por el juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la AFP Protección SA, a **RECONOCER** y **PAGAR** la mesada pensional a los demandantes José Hernando Tunjo Alonso y Maria Alcira Tunjo Chiguasuque en calidad de padres de su hijo fallecido Edwin Hernando Tunjo Tunjo el día 24 de octubre de 2015, correspondiente al SMLMV, el 50% para cada uno, junto con 13 mesadas pensionales al año. La suma correspondiente al retroactivo se pagará debidamente indexada desde el 24 de octubre de 2015 hasta el momento de la inclusión en nómina de pensionados.

SEGUNDO. DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción.

TERCERO. ABSOLVER a Protección SA de los intereses moratorios de que trata el art 141 de la ley 100 de 1993.

CUARTO. Sin costas en esta instancia, en la primera a cargo de la demandada

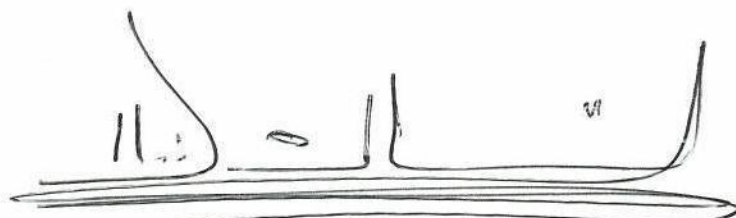
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503620170065101)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad.11001310503620170065101)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503620170065101)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 38-2018-00168-01

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

DEMANDANTE: JULIAN DE ZUBIRIA SAMPER

DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
COLPENSIONES

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandante y la demandada AFP Porvenir S.A. presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 21 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) Julián De Zubiria Samper instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Y AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 (expediente digital

"01CuadernoFisico.pdf") con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del señor Julián De Zubiria Samper del ISS hoy Colpensiones a AFP Porvenir S.A.
2. Que se declare que el señor Julián De Zubiria Samper no recibió ninguna información o asesoría clara y precisa de parte de la AFP Porvenir S.A. al momento de realizar el traslado y por lo tanto deviene ineficaz el traslado realizado entre regímenes pensionales.
3. Se condene a AFP Porvenir S.A. a trasladar los aportes en pensiones realizados por el actor como cotizaciones, bonos, aportes adicionales del asegurado con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1747 del código civil, esto es, con todos los rendimientos que se hubieren causado.
4. Se condene a Colpensiones a validar los aportes en pensiones trasladados por AFP Porvenir S.A. e incorporarlos a la historia laboral debidamente detallado.
5. Costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda AFP Porvenir SA (fl 86 expediente digital "01CuadernoFisico.pdf") y Colpensiones (fl 44 expediente digital "01CuadernoFisico.pdf") de acuerdo al auto del 4 de abril de 2018. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 12 de mayo de 2021, **ABSOLVIÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, por el señor Julián De Zubiria Samper. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. **CONSIDERÓ** relevado el despacho del estudio de las excepciones propuestas, dadas las resultas del juicio. **CONDENÓ** en costas, incluyendo agencias en derecho al demandante y a favor de cada una de las accionadas por la suma de \$500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Presenta recurso de apelación frente a la Sentencia preferida en primera instancia, ruega a los honorables Magistrados tener en cuenta la sentencias ya reiteradamente proferidas por nuestra honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, tales como la SL 1421 del 2019, SL1452 del 2019, SL 1688 de 2019 y SL 1689 de 2019, donde ampliamente se ha verificado el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de Fondos de Pensiones previniendo la procedencia de la ineficacia del traslado del régimen cuando se demuestre su inobservancia como es el caso que nos compete.

En primer lugar, sostiene que, es importante llamar la atención y con mucho respeto, es que el hecho de que accionante tenga altas condiciones académicas y profesionales, no implica que en el momento en que sucedió el traslado él no hubiese recibido la información completa, adecuada, clara y transparente para tomar la decisión que tomó. Evidentemente él ha hecho un análisis muy sincero por demás y muy amplio de cómo sucedieron las circunstancias de su traslado, pero también es evidente que los asesores en su momento se empeñaron en demostrar las grandes ventajas, los supuestos grandes beneficios que tenía afiliarse al Régimen de Ahorro Individual pero en ningún momento se evidencia que se haya puesto en tela de juicio las desventajas que tenía quedarse en dicho régimen y eso no se evidenció en ninguna de las pruebas que obran en el plenario, especialmente el interrogatorio de mi representado.

Manifiesta que el señor Juez no puede de forma irrestricta, irreflexiva y automática tomar una decisión, además que precisamente para eso están las pruebas, y tomando en cuenta el interrogatorio practicado al representante legal del Porvenir, quien claramente manifestó que no existe ningún tipo de documentación diferente al formulario de afiliación que obra en el plenario y que no le consta ninguna de las circunstancias como se brindó la asesoría al afiliado y que además viene respaldado por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, por ende sustenta que no existe ninguna razón suficiente para desmentir la ausencia de información que tuvo el señor Julián.

Ahora, se manifiesta que para el año 2004, efectivamente el ISS estaba en crisis, entonces no viene siendo falso, ni incierto lo que manifestó el accionante, que tomó la decisión porque claramente la asesoría prestada era que el ISS se iba a quebrar, se iba a acabar, pero en ninguno momento le dijeron “no, es que como faltan 14

años y no se sabe que pasa y entonces después en el 2011 se convierte en Colpensiones y entonces ahí si usted si se puede pensionar, o entonces mejor usted quédese en el fondo” No, porque bien lo ha dicho su señoría, que en 14 años pueden pasar muchas cosas pero es que la ineficacia del traslado se contrae al momento exacto en que se brindó aquella asesoría, aquella asesoría que debía ser completa, que no solo era ver los beneficios sino las desventajas como ampliamente lo explicó al afiliado y además porque ha dicho la Corte desde las primeras Sentencias en que se ha decretado la ineficacia, que este deber de información viene siendo como el consentimiento informado cuando se va a efectuar una cirugía, al punto que tienen la obligación de informar las consecuencias y beneficios de dicho traslado al punto que uno pueda arrepentirse y eso evidentemente no sucedió.

Por otra parte, manifiesta que de forma clara dicen que se afecta la sostenibilidad del sistema financiero, pero que independientemente de la sostenibilidad que no se afecta porque para eso todo el mundo realiza sus aportes pensionales independientemente del régimen en el que se encuentre, las cotizaciones que realiza el cotizante comportan una consecuencia directa en su derecho pensional y pues considera apenas lógico que es en el momento que él evidencia que toda la asesoría y la información que le prestaron en su momento no resultaba clara ni cierta por el monto que le ofrecían, sustenta que él empieza a hacer las averiguaciones pertinentes pero porque obviamente él creyó en toda la buena fe que le dieron en su momento en el año 2004 al momento de su traslado, donde le hicieron ver las ventajas más no las desventajas, eso nunca fue claro y así lo han hecho ver las Sentencias que claramente se han proferido en la Sala Laboral.

Reitera que la AFP desde su creación tenía el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del Sistema Pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, desde luego que con el transcurrir del tiempo el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acoplar más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo y finalmente al de doble asesoría, pero lo anterior es relevante pues implica la necesidad por parte de los jueces de evaluar el cumplimiento del deber de información que para el momento del traslado del cotizante, claramente debía ser información completa y no podía ser aprovechada desde el escenario de un Seguro Social con grandes inconvenientes económicos, de la coyuntura y desde el miedo como lo manifestó el señor Julián de Zubiria,, sino desde una información clara y completa respecto de qué implicaciones tenía estar en el Régimen de Prima Media, sustenta que dentro de su estructuración y su academia pues el entiende conceptos y hoy en día los puede expresar de forma

clara pero no significa que como él lo manifestó, los hubiera podido evidenciar al momento del traslado, que es lo que nos tiene en este tipo de procesos que es la ausencia de información completa, clara, precisa y transparente para tomar la decisión al momento de trasladarse de un régimen a otro.

De la misma manera sustenta que, tampoco comparte lo manifestado por el despacho cuando afirma que ya tiene cumplidos requisitos, citando una de las últimas Sentencias de la Corte porque claramente esa Sentencia se refiere aquellas personas que ya están disfrutando de su derecho pensional, situación en la que no está el accionante y además, porque evidentemente él de tiempo atrás, ya había empezado a hacer las reclamaciones pertinentes que le permiten presentar este tipo de procesos y por eso hay tantas decisiones a favor de traslados frente a la ausencia completamente de información. Entonces, el hecho de que hoy cumpla “los requisitos” para acceder al derecho pensional en el Régimen de Ahorro Individual, no significa que esté gozando o disfrutando de ese derecho pensional y que por ese hecho no pueda hacer una reclamación, porque bien lo dice las sentencias a las que ha citado, que la persona no tiene que tener consolidada sus expectativas claras al momento de pensionarse pero por el hecho que las tenga, tampoco tiene derecho a reclamar y mi representado no está disfrutando el derecho pensional en este momento, sustenta.

Insiste que, en este proceso hay lugar a decretar la ineficacia de traslado por ausencia de información en el momento de su traslado en el año 2004, por no haber recibido no solo la información y las ventajas de un régimen, sino porque tenía la obligación de documentar ampliamente las desventajas para él tomar una decisión como la que tomó.

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) **Julián De Zubiria Samper** el día 28 de enero de 2004; **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 enero de

2004, con efectividad a partir del 1º de marzo de 2004 (fl 106 expediente digital "01CuadernoFisico.pdf")

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

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

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a

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

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

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

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

- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adocinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación la sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir SA aportó: certificado de afiliación del demandante, copia formulario de afiliación AFP Porvenir S.A., certificado de asofondos SIAFP, copia bonos pensionales, copia resumen de historia laboral del ministerio de hacienda y crédito público, relación histórica de movimientos y aportes del demandante, edicto emplazatorio diario El Tiempo, copia historia laboral.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de enero de 2004, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en

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

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 enero de 2004, el(la) demandante tenía 738 semanas (fl 45 expediente digital "01CuadernoFisico.pdf") por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 38 años (nació el 23 de julio de 1956 – (fl 39 expediente digital "01CuadernoFisico.pdf") y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría eventualmente haberse pensionado en el año 2018 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.423 semanas - (fl 45 expediente digital "01CuadernoFisico.pdf"), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, de manera tal que para tener una mesada pensional siquiera igual a la del RPM, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios al RAIS, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el(la) señor(a) **Julián De Zubiria Samper** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir SA el día 28 de enero de 2004 con efectividad a partir del 1 de marzo de 2004 (fl 106 expediente digital “01CuadernoFisico.pdf”), en consecuencia **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a la devolución a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la

aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, y junto con los gastos de administración; y **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a Aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

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: Sin costas en esta instancia, en primera a cargo de las demandadas.

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

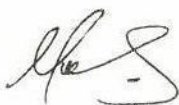
RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida el 12 de mayo de 2021 por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Julián De Zubiria Samper** de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a la AFP Porvenir SA el día 28 de enero de 2004 con fecha de efectividad de 1° de marzo de 2004, y en consecuencia **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a la devolución a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas

adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, y junto con los gastos de administración; y **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a Aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia, en primera a cargo de las demandadas.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503820180016801)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503820180016801)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503820180016801)