



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 08-2019-00733-01

Bogotá D.C., Octubre veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: GLORIA ISABEL SIERRA GONZALEZ

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A.**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de julio 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.221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.165-182)

La parte demandada Colpensiones (fls.156-164) y AFP Porvenir SA (fls.185-193), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 23 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Gloria Isabel Sierra Gonzalez instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA. y Colpensiones, 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 o ineficacia de la afiliación de la señora Gloria Isabel Sierra Gonzalez, efectuado mediante formulario de fecha 19 de septiembre de 1997 a la AFP Porvenir S.A.
2. Que como consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar a la señora Gloria Isabel Sierra Gonzalez, junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados, al RPM administrado por Colpensiones.
3. Se ordene a Colpensiones a recibir como afiliada, sin solución de continuidad en el RPM a la señora Gloria Isabel Sierra Gonzalez.
4. Se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.
5. Se condene lo que ultra y extra petita el señor Juez considere.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: AFP Porvenir SA (fls.61-95) y Colpensiones (fls.102-138), de acuerdo al auto del 7 de noviembre de 2019, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 8 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 22 de julio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la señora Gloria Isabel Sierra Gonzalez realizado del RPM al RAIS acaecido el 19 de septiembre de 1997, mediante la afiliación a Porvenir, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia. **CONDENÓ** a Colpensiones admitir el traslado del régimen pensional de la señora Gloria Isabel Sierra Gonzalez. **CONDENÓ** a Porvenir S.A. a devolver a

Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora Gloria Isabel Sierra Gonzalez 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 CPTSS, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado. **CONDENÓ** a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Porvenir, que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. **NO CONDENÓ** en costas **ORDENÓ** en grado jurisdiccional de consulta ante el superior.

RECURSO DE APELACIÓN

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

En primer lugar dice que no se acreditaron los vicios de consentimiento, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de Derecho no vicia el consentimiento y no se logró acreditar que la demandante, al momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese incurrido en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto según lo previsto en el artículo 1510 del Código Civil.

Manifiesta que los vicios del dolo, fuerza y error deben demostrarse por la parte que los alega y de manera alguna puede trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no actuó con dolo. Lo anterior, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual cita: *“Las partes tienen la obligación de probar los supuestos fácticos en que se fundan sus alegaciones, según el extremo que ocupan.”*

Apela que el despacho exige que, a pesar de lo acreditado dentro del expediente y obrando el formulario como prueba sacramental, el deber de información, cuando la ley no establece este tipo de pruebas para efectos de acreditar la información suministrada al momento de realizarse la afiliación; en ese sentido, dice que deben aplicarse las reglas generales del Código General del proceso: los hechos pueden probarse por cualquier medio probatorio si no hay un medio establecido por la ley, deben admitirse las pruebas allegadas por Porvenir. Resalta que debe tener en cuenta el formulario de afiliación.

Dice que no se puede desconocer que por 24 años Porvenir realizó una gestión de administración de los recursos que fueron encomendadas por la parte demandante y fue una gestionada exitosa y realizada de buena fe, Porvenir recibió los recursos y prácticamente han sido doblados y eso se ha acreditado dentro del expediente.

Considera que los supuestos bajo los cuales se condena a Porvenir no se encuentran acreditados y, en consecuencia, solicita al Tribunal Superior de Bogotá, revocar en totalidad y en cada una las expuestas en este proceso y, en consecuencia, absolver Porvenir de todas las pretensiones expuestas en la demanda.

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

Expresa que no comparte los fundamentos fácticos y jurídicos indicados por el despacho que lo llevaron a concluir y a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

Menciona que la señora juez indica que no se aportaron medios de convicción, medios probatorios de los cuales se pudiese demostrar y acreditar el cumplimiento de las obligaciones legales en cuanto al deber de información por parte de las administradoras de pensiones demandadas. Indica que la señora juez aun cuando no está exigiendo una prueba eminentemente documental, y que la acreditación de dichas obligaciones pudiese darse por cualquier tipo de medio probatorio. Considera que, para el momento en que la demandante se traslada de régimen pensional, en el año 1997 únicamente existía la obligación para las administradoras de pensiones de suscribir el respectivo formulario de afiliación con la persona interesada, para ese momento no se obligaba a las administradoras a documentar la asesoría de traslado.

Dice que en consecuencia, no existe ningún soporte documental Diferente al formulario de afiliación para acreditar no solo la intención de la demandante de vincularse al fondo de pensiones, sino que eventualmente, de dar por demostrado el deber de información, en la medida que, si se suscribe el formulario de forma libre y voluntaria, como lo manifestó la demandante, es porque dicha firma estuvo precedida la correspondiente información y asesoría por parte del fondo de pensiones.

Dice que no es posible acreditar el cumplimiento de obligaciones con otros medios probatorios, por parte, ni de Colpensiones, ni de Porvenir, allegar medios probatorios diferentes al formulario de afiliación, en la medida que el traslado de la demandante se realizó hace más de 24 años, de manera que, ni siquiera se contaría con la declaración del asesor de la época para que pudiese indicar al despacho cuál fue la información que se brindó. En esa medida considera Colpensiones que debe analizarse el cumplimiento del deber de información, y demás obligaciones existentes para las administradoras de pensiones de acuerdo a la normatividad vigente y no con las exigencias que el deber de información tiene hoy en día con las modificaciones normativas y jurisprudenciales que sobre el particular se han ido presentando.

Expresa que de haberse realizado el análisis correspondiente, de conformidad, la única exigencia de la época, la conclusión hubiese podido ser que el traslado se realizó conforme

a Derecho, en cumplimiento de las exigencias legales de la época y, por ende, era totalmente válido y eficaz.

Considera también que debe analizarse igualmente las circunstancias particulares de cada caso, y en el caso de la demandante, teniendo en consideración que los precedentes de la Corte Suprema sobre temas de anulación o de ineficacia del traslado han sido claros en indicar que la misma aplica tanto para los beneficiarios del régimen de transición como para quienes no lo son, igualmente, sin importar si tienen expectativas Pensionales, consolidadas o no en el régimen de prima media, considera Colpensiones que sí debe analizarse, en el caso de la demandante, claramente no tenía ningún tipo de expectativa pensional en el régimen de prima media para adquirir el derecho a la pensión de vejez cuando efectúa el traslado del régimen pensional está a más de 20 años de cumplir el requisito de edad Mínima para acceder a la pensión de vejez en prima media; igualmente tenía una densidad de semanas que tampoco le permitiría eventualmente aspirar a consolidar un derecho en el régimen de prima media y en esa medida es evidente que el traslado de régimen pensional que realizó la demandante no le generó ningún perjuicio más allá de la eventual inconformidad que se tiene con el valor de la mesada pensional que va a recibir como afiliada al régimen de ahorro individual, en comparación con lo que hubiese podido recibir como afiliada del régimen de Prima media, y dice que esa es una situación que también debió haberse analizado en la medida en que incluso en las aclaraciones de voto en la sentencia SL 1452 del 2019, se hacen manifestaciones sobre el particular.

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 **Gloria Isabel Sierra Gonzalez** el día 19 de septiembre 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir 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 el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 19 de septiembre de 1997 (fl.89)

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

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

3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con 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 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 de la demandante. AFP Porvenir SA aportó: formulario afiliación suscrito en el año 1997, comunicado de prensa, respuesta a derecho de petición de la demandante, concepto Superfinanciera del 17 de enero de 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 19 de septiembre 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 19 de septiembre de 1997, la demandante tenía 427 semanas (fl.17) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 23 de mayo de 1960 – fl 12) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, para el año 2017 podría haberse pensionado en el en el RPM (actualmente ha cotizado más de 1447,29 semanas fl.17), 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.

Ahora bien, conforme a la solicitud en la apelación de Colpensiones de analizarse el cumplimiento del deber de información de la demandada y lo apelado por Porvenir S.A. respecto a que los vicios del dolo, fuerza y error deben demostrarse por la parte que los alega y que de manera alguna puede trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no actuó con dolo de conformidad con el artículo 167 del CGP, se trae a colación la sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(...) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto. (...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión (...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la

obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento(...)"

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la carga de la prueba, y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

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, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Gloria Isabel Sierra Gonzalez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A. el 19 de septiembre 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 las apelantes AFP Porvenir S.A y Colpensiones, habrá lugar a condenarlo 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 22 de julio de 2021 por el juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500820190073301)



DAVID A. J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

(Rad. 11001310500820190073301)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500820190077301)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 15-2020-00282-01

Bogotá D.C., octubre Veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: ANSELMO CICERY MOTA

**DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
AFP PROTECCIÓN SA
COLPENSIONES**

ASUNTO: CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de junio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 69 del CPT y la SS.

Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus con tarjeta profesional No.221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl 18)

La parte demandante (fl.11-12), la parte demandada Porvenir S.A. (fls.5-9) Colpensiones (fls.14-17) presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en

auto del 26 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Anselmo Cicery Mota instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, AFP Protección SA Y AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 “01.demanda.pdf”, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad de la afiliación de la afiliación y/o la ineficacia de traslado, efectuada por la parte demandante, del régimen de prima media con prestación definida RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, en el mes de enero del año 1995 ante la AFP COLMENA hoy en día AFP PROTECCIÓN S.A, por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento, para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora.
2. Que en consecuencia de la anterior, se declare la Nulidad de la afiliación y/o Ineficacia de traslado de la afiliación efectuada en el mes de junio de 1999 con la AFP Porvenir S.A.
3. Que en consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad de la afiliación y/o ineficacia de traslado, de la afiliación efectuada en el mes de junio de 2002 con la AFP Protección S.A
4. Que como consecuencia de la declaración de nulidad de afiliación y/o ineficacia de traslado, ordene a AFP Protección S.A, retornar a la parte demandante, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.
5. Que se ordene a Colpensiones, recibir en el Régimen de Prima Media con prestación definida a la parte demandante y mantenerlo/a como afiliado sin solución de continuidad.
6. Que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho

7. Lo que ultra y extrapetita el señor juez considere.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda AFP Porvenir SA fl 2 "11.EscritoContestacionPorvenir.pdf", AFP Protección SA fl 2 "15.EscritoContestacionProteccion.pdf" y Colpensiones fl 2 "07.EscritoContestacionColpensiones.pdf" de acuerdo al auto del 13 de octubre de 2020. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de fondo.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 8 de junio de 2021, **DECLARÓ** ineficaz la afiliación o traslado efectuado por el señor Anselmo Cicery Mota del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, a través de la administradora Colmena hoy representada por la AFP Protección. **ORDENÓ** a Protección S.A. trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos a la administradora del RPM Colpensiones **ORDENÓ** a Colpensiones que reciba dichos recursos, reactive la afiliación del señor demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado. **NO CONDENÓ** en costas. **ABSOLVIO** a Porvenir de cada una de las pretensiones, **ORDENÓ** el grado jurisdiccional de consulta.

CONSULTA A FAVOR DE COLPENSIONES

Procede la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el artículo 69 del CPT y la SS.

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 Colmena, hoy la AFP Protección SA efectuado por el(la) señor(a) **Anselmo Cicery Mota** el día 15 de enero de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir SA y AFP Protección 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 Colmena hoy AFP Protección SA el 16 de enero de 1995 con efectividad a partir del 1 de febrero de 1995, posteriormente solicito trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 20 de junio 1999 con efectividad a partir del 1 de agosto de 1999, y finalmente se trasladó a la AFP Protección S.A. el día 20 de junio de 2002 con efectividad a partir del 1 de agosto de 2002 (fl 73"15.EscritoContestacionProteccion.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 válido su traslado.

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

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

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

suscrito por la parte actora con PORVENIR S.A el día 20 de junio de 1999, copia de la página de periódico El Tiempo del 14 de enero de 2004, copia simple del “Comunicado de Prensa” antes referido, copia del concepto de la Superintendencia Financiera De Colombia Rad. N. °2019152169-003-000 del 17 de enero del 2020, copia de la respuesta con rad. 0100222107814500, copia del certificado de egreso, copia de la relación histórica de movimientos de la CAI de la parte demandante, copia relación de aportes de la parte demandante. AFP Protección aportó: Certificado de Información de Historia Laboral, movimiento de cuenta de ahorro individual, resumen de historia laboral emitido por la oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, certificado del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de Fondos de Pensiones administrado SIAFP, solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por COLMENA del 16 de enero de 1995, historia laboral para proceso de reclamación de bono pensional 28 de agosto de 1997, solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A del 20 de junio de 2002 proyección pensional de la mesada al momento de la afiliación, carta de validación de asesoría al momento de la vinculación a Protección, re asesoría pensional con proyecciones pensionales en cada régimen del 19 de noviembre de 2010, concepto emitido por la Superintendencia Financiera No 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, políticas para asesorar y vincular personas naturales y 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 16 de enero de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación

profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 16 de enero de 1995, el(la) demandante tenía 496,43 semanas (fl 38 "15.EscritoContestacionProteccion.pdf") por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 20 de diciembre de 1958 – (fl 71"02Anexos.pdf") y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría haberse pensionado en el año 2020 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.829,28 semanas – (fl 38 "15.EscritoContestacionProteccion.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 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 ni AFP Protección S.A.

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.

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado del señor Anselmo Cicery Mota 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, 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, en este caso por Porvenir S.A. y Protección S.A., incluyendo los gastos de administración, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, de tal manera que Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibe los aportes y sus rendimientos, junto con los gastos de administración, trayendo a colación también la 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, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Anselmo Cicery Mota** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Colmena hoy AFP Protección el 16 de enero de 1995, 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:

Sin costas en esta instancia por estarse conociendo el grado jurisdiccional de consulta.

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 8 de junio de 2021 por el juzgado 15 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 AFP Protección S.A y AFP Porvenir S.A. 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.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

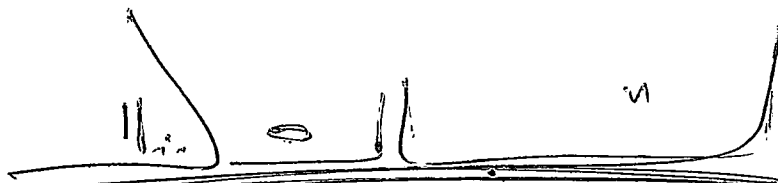
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501520200028201)



DAVID A. J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

(Rad. 11001310501520200028201)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501520200028201)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 39-2017-00422-01

Bogotá D.C., octubre veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: SAUL FONSECA GARCIA

**DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
AFP COLFONDOS SA
COLPENSIONES
FONCEP**

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de junio 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 Belcy Bautista Fonseca con tarjeta profesional No.205.907 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.29)

La parte demandante (fl.5-7) la parte demandada Porvenir S.A. (fl.9-13) Colfondos S.A. (fl.16-20) FONCEP (fl.24-25) y Colpensiones (fls.27-28) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Saul Fonseca Garcia instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Colfondos S.A., contra el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - FONCEP. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 2 del expediente digital, con subsanación de demanda a folios 53 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Peticiones

1. Se declare la ineficacia del traslado del demandante del RPM administrado por Colpatria (hoy AFP Colfondos), el 1° de noviembre de 1995.
2. Se declare que el demandante tiene derecho a la recuperación del régimen de prima media administrado por FONCEP, el 1° de noviembre de 1995, quien asumió las obligaciones de la Caja de Previsión Social Distrital.
3. Se declare que Colfondos S.A. (antes Colpatria) devuelva a FONCEP el bono pensional, los aportes, rendimientos financieros, y lo que resulte por concepto de bono pensional, por la suma que resulte del respectivo calculo actuarial o el que demuestre, que recibió del Ministerio de Hacienda con los intereses, indexación, aumentos, desde la fecha que recibió el Bono Pensional, hasta cuando se entregue definitivamente.
4. Se condene en costas incluidas las agencias en derecho.

Subsidiarias

1. Se declare la nulidad del traslado de demandante del RPM a la administradora Colpatria el 1° de noviembre de 1995.

2. En consecuencia se declare que el demandante tiene derecho a la recuperación del régimen de prima media administrado por FONCEP, el 1° de noviembre de 1995, quien asumió las obligaciones de la Caja de Previsión Social Distrital.
3. Se declare que la administradora de fondos de pensión y cesantías Colpatria S.A. devuelva a FONCEP el bono pensional, los aportes, rendimientos financieros, y lo que resulte por concepto de bono pensional, por la suma que resulte del respectivo calculo actuarial o el que demuestre, que recibió del Ministerio de Hacienda con los intereses, indexación, aumentos, desde la fecha que recibió el Bono Pensional, hasta cuando se entregue definitivamente.
4. Se condene en costas incluidas las agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda FONCEP (fl.214-222 expediente digital) Colfondos (fl. 258-314 expediente digital) de acuerdo al auto del 22 de marzo de 2018. Contesto la demanda Colpensiones (fl 330-351 expediente digital) vinculado como litisconsorcio necesario por pasiva mediante auto del 17 de julio de 2019, contesto la demanda AFP Porvenir S.A. (fl3. Medio magnético “cont 2017 00422 Saul Fonseca Garcia vs Porvenir.pdf”), vinculada como demandada de acuerdo al auto del 7 de febrero de 2020. Se oponen a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 15 de junio de 2021, **DECLARÓ** que el traslado que hizo el señor Saul Fonseca García del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 01 de noviembre del 1995 a través de la administradora de fondos de pensiones Colpatria hoy Porvenir S.A., es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. Situación que también se deberá entender con respecto a la afiliación que se hizo entre Colpatria y Colfondos S.A. a partir del 01 de julio de 1998. **CONDENÓ** a Colfondos S.A. a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del

demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que se encontraba afiliado el demandante, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. **CONDENÓ** a Porvenir S.A. a que transfiera los dineros que recibió por gastos de administración durante el tiempo que el señor Saul Fonseca García estuvo afiliado, esto es, desde el 01 de noviembre de 1995 hasta el 30 de junio de 1998 también con destino a Colpensiones, sin que haya lugar a descuento alguno. **ORDENÓ** a Colpensiones que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en el numeral anterior y que reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. **INFORMÓ** a Colpensiones que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz, por parte de Porvenir S.A. **CONDENÓ** a Colfondos S.A Porvenir S.A. al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.890.000 que serán repartidas entre ambas partes. **ORDENÓ** remitir en grado jurisdiccional de consulta **ABSOLVIÓ** de todo concepto a FONCEP.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Sobre el deber de información

Expone que, si bien existe el precedente del órgano de cierre de la jurisdicción común citada en el A-quo, bajo los argumentos que ha manifestado 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 y en especial las de en este caso, en las cuales manifiesta, no le asiste la razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado con base en la falta de información, cuando no le era obligatorio Porvenir brindar la misma al demandante, teniendo en cuenta la circular 19 de 1998, emitida por la Superintendencia financiera de Colombia, la cual señala, tenía como única exigencia establecida, a efectos de que se entendiera, no solo materializado, sino válido el traslado de régimen pensional que el afiliado expresara su voluntad en el diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular, tal como dice ocurrió en el presente asunto, y que por lo tanto Porvenir cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia del actor en el régimen de

ahorro individual administrado por Porvenir ha sido una decisión libre, voluntaria e informada que sea ratificado con el tiempo.

Afirma que en el caso se da el fenómeno establecido en el artículo 1752 y siguientes del Código Civil relativos al saneamiento del consentimiento por ratificación tácita; el cual dice, opera de manera automática, teniendo en cuenta que el demandante realizó aportes y traslados de régimen de ahorro individual de manera personal y voluntaria, lo que, sin lugar a dudas, en caso de haber existido algún tipo de vicio de consentimiento, el mismo demandante ratificó su decisión de trasladarse de régimen, y permanecer con él con su propio actuar con el paso del tiempo.

Cita la sentencia SL 3752 del 2020 emitida por la honorable magistrada Ana María Muñoz segura el 15 de septiembre de 2020 y adicional a que ratifica dicha decisión la SL 1061 del 2021, en la que indica que los actos de relacionamiento que quedaron acreditados dentro del proceso, esto es, el traslado horizontal que decide realizar desde COLPATRIA y PORVENIR a COLFONDOS, expresa que se puede colegir que, sí se brindó una información suficiente al demandante, tuvo la vocación de permanecer y, sobre todo, de no retornar a COLPENSIONES o a FONCEP en caso tal de que él así lo quisiera.

Menciona que no se puede decir que Porvenir hubiese faltado al deber de información, obligándola a aportar documentos que para la fecha del traslado no le eran obligatorios, tal como lo indicaban que una simulación, o demás documentales que aduce la parte demandante, como lo pone de presente la ley 1328 del 2009, En sus artículos 3 y literal c y artículo 9, establecen el deber de información que tienen las AFP con el usuario al momento del traslado, obligación que se cumplió a cabalidad en dicho momento.

Adicionalmente pide tener en cuenta que en el interrogatorio de parte del señor no se acordó, lo único que sí se acordó fue de lo que no le informaron; Menciona que el actor indicó al momento de su interrogatorio de parte, no se le habló sobre el derecho de retracto, no se le habló sobre sus beneficiarios, no se le habló sobre su cuenta individual, no entendía los rendimientos. Expresa que el demandante es una persona que no conocía absolutamente nada, pero aun así decidió trasladarse y teniendo la oportunidad de retornar a COLPENSIONES, no lo hizo en los tiempos estipulados.

Refiere la Ley 1748 del 2014, en la que hace alusión a la obligación de hacer una proyección total de todo lo que a pensión se refiere, establece la obligación de enviar extractos a la cuenta de ahorro individual, sin embargo, pide tener en cuenta que la vigencia de esta norma es a partir del 26 de diciembre del 2014, razón suficiente para establecer que, al momento del traslado, no era obligatorio la entrega de documentos y bastaba con la asesoría verbal, por lo que señala que no es dable dar por sentado la falta de información al momento de dicho traslado.

Gastos de administración

Apela que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, pues de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un porcentaje de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivencia, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión vejez, por ello están sujetos a la prescripción.

Resalta que la Superintendencia financiera de Colombia, en concepto del 17 de enero del 2020, indicó de forma expresa cuáles son los eventos en los que procede ineficacia del traslado, las sumas a retornar son los aportes y rendimientos de las cuentas de ahorro individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguros previsional, en consideración a que la compañía de seguros cumplió con el deber contractual de durante la vigencia de la póliza de asegurar precisamente al señor.

Pide analizar, que al ordenar estos traslados, de estos gastos a Colpensiones, se configure un enriquecimiento sin causa en favor de la demandada, en la medida que no existe forma que disponga tal devolución, señala que está en forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes, el artículo 113, literal B de la ley 100 del 93, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, el cuál es el saldo de la cuenta individual incluidos son rendimientos, lo que se evidencia que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y, por ende apela, no pertenecen a él, sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta Individual del afiliado.

Prescripción

Finalmente, pide declararse la prescripción respecto de la devolución de los gastos de administración y primas de seguros o cualquier otra suma diferente del capital de la cuenta de ahorro del afiliado o los rendimientos financieros, por cuando no le corresponden los valores de permanecer al afiliado en ninguno de los regímenes, en cuanto no financian la prestación de vejez, no puede predicarse su imprescriptibilidad; característica de la que goza del Derecho pensional.

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

Dice que no se encuentran probados los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación, en principio dice que no existe presentación, por parte del demandante ante Colpensiones, de la reclamación administrativa que dispone el Código General del Proceso en su artículo 145. La reclamación administrativa que se debe presentar ante las entidades públicas, en el presente caso, ante Colpensiones, en donde se solicita el traslado al régimen de Prima media, y como quiera que este requisito sine qua non para tal declaración. Dice que el demandante no ha manifestado su voluntad de retornar a COLPENSIONES, sino simplemente a retornar a FONCEP.

Aúna a esto diciendo que no se demostró a lo largo del proceso que se hubiera dado alguno de los presupuestos para la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta que el demandante se afilió el 1° de noviembre de 1995, conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se haya ejercido presión o coacción alguna, en su lugar la decisión de afiliarse fue tomada de manera libre, espontánea y voluntaria, ratificando dicha afiliación con todos sus aportes e incluso con el traslado horizontal que realizó a Colfondos.

Expresa que aunque el demandante manifieste olvidar o no recordar la información que le brindaron, esto no es óbice para manifestar que no se brindó la información solo por el hecho de no recordarlo. Aunado a esto, señala que tuvo mucho más de 10 años para solicitar o presentar la nulidad de la afiliación o la ineficacia de la afiliación inicial, realizada en 1995 y, solo hasta la presentación de esta demanda, el demandante manifestó su voluntad de retornar al régimen de prima media, cuando ya se encontraba dentro de la prohibición descrita del artículo 2° de la Ley 797 del 2003, en la cual pues se dispone que los afiliados no podrán trasladarse de régimen cuando les falte 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

Manifiesta que el demandante no cumplió con su mínimo deber de información conforme lo dispone el Decreto 2241 del año 2010, en el cual se reglamenta el régimen del consumidor financiero, en el cual pues se impone también un deber de información por parte de los afiliados o de los posibles afiliados respecto a las administradoras o al momento de su escogencia de régimen pensional, ya que si bien es cierto se impone un deber de información por parte de las administradoras, esto no exonera a los afiliados de concurrir ilustrado a su escogencia de régimen, más aún cuando de allí dependerán sus expectativas y que para el año de 1995 el demandante solo contaba con una mera expectativa, la cual no le constituye un derecho, y por tanto hubiera sido inocua la presentación de un comparativo de regímenes, toda vez que en ese momento se desconocían las condiciones con las cuales el demandante al cumplimiento de su edad.

Dice que se desconocía cual sería el ingreso base de cotización y sus beneficiarios, o si llegase realmente a cumplir con los requisitos descritos, ya fuera en el régimen de prima media o en el régimen de ahorro individual con solidaridad, toda vez que, pues era incipiente, y en dicha oportunidad estaba en plena construcción su derecho pensional.

Pide que por encontrarse ratificada la voluntad del demandante conforme lo dispone en el artículo 1754 del Código Civil de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, se determine como válida dicha afiliación y en su lugar se revoque la decisión emitida por el A-quo, y se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante.

La parte demandada (Colfondos S.A.) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Pide a los señores magistrados del Tribunal, sala laboral, se aboquen a revocar la sentencia de primera instancia, fundamentado básicamente en 3 argumentos:

Primero dice que el demandante, a lo largo del proceso y durante las audiencias que se dieron con ocasión al artículo 77 y 80 del Código sustantivo del trabajo, no logró probar que existiera algún tipo de vicio en el consentimiento, tanto así que al preguntársele las razones por las cuales, y las razones que motivan su traslado, él manifestó que fue porque en comparación con la mesada que hubiese recibido en el régimen de prima media con prestación definida, la que recibía en el régimen de ahorro individual con solidaridad era menor, esto lo dice, en el sentido de que el demandante, se encuentra incurso en un error de derecho que no nulita ni afecta la condición y existencia misma del acto jurídico de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad

Segundo, manifiesta que el deber de asesoría, información y buen consejo se ha venido cambiando tanto por la ley como por la jurisprudencia, toda vez que esta no está en las mismas condiciones en las cuales se encontraba para el año y para la época del traslado del demandante, tanto así que desde el año 2010 a 2014 se ha modificado.

Por último, señala que las costas no son proporcionales, en cuanto a la actitud que asumió Colfondos, toda vez que la AFP actuó como un tercero de buena fe, en el sentido de respetar el derecho fundamental del afiliado al Régimen de ahorro individual de escoger libremente a qué fondo quiere pertenecer y qué fondo va a administrar su cuenta de ahorro individual. Colfondos Actuó de buena fe teniendo en cuenta la preferencia y lo que establece la Ley de Seguridad Social.

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 AFP Colpatria, hoy AFP Porvenir SA efectuado por el(la) señor(a) **Saul Fonseca Garcia** el día 5 de octubre de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir S.A. y AFP Colfondos 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 5 de octubre de 1995 con efectividad a partir del 1 de noviembre de 1995 (fl 25 "pruebas 2017 00422 saul fonseca garcia vs porvenir.pdf"), posteriormente solicito trasladarse a la AFP Colfondos el día 19 de mayo de 1998 (fl.290 expediente digital).

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 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 el fondo demandado Colpensiones, en la contestación de la demanda, aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir S.A. aportó Copia del certificado SIAFP copia del formulario de vinculación suscrito por la parte actora con Colpatria S.A el día 05 de octubre de 1995, copia de la página de periódico El Tiempo del 14 de enero de 2004, copia simple del “Comunicado de Prensa” antes referido, copia del concepto de la SUPERINTENDENCIA Financiera de Colombia Rad. N.º 2019152169-003-000 del 17 de enero del 2020, copia de la respuesta emitida por Horizonte S.A el día 29 de abril de 2013 a la solicitud traslado

de aportes a Colfondos S.A presentado por la parte actora, copia de la respuesta emitida por mi representada el día 11 de mayo de 2017 a la solicitud de anulación de la afiliación presentado por la parte actora. copia del certificado de egreso, emitido por mi representada el día 13 de mayo de 2020. AFP Colfondos S.A. apor to Copia solicitud de vinculación del señor Fonseca Garcia a Colfondos de fecha 19 de mayo de 1998, copia de la Circular Externa 001 del 8 de enero de 2004 expedida por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera de Colombia. Copia del aviso publicado por Colfondos el 15 de enero de 200 4. FONCEP apor to Decreto de nombramiento y acta de posesión, certificación Talento Humano de tiempo de servicio del demandante expedido por lo Controlaría de Bogotá.

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

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

Claramente para el momento del traslado 5 de octubre de 1995, el(la) demandante tenía 131 semanas (fl 36 expediente digital y fl 3 medio magnetico "GRP-SCH-HL-66554443332211 1599-20190912091208.pdf") por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 24 de agosto de 1957 – fl 185 expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo se habría pensionado en el RPM en el año 2019 (A mayo de 2018 ha cotizado más de 1.345, semanas - fl 36 expediente digital y fl 3 medio magnetico "GRP-SCH-HL-66554443332211 1599-20190912091208.pdf), 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, de tal manera que para tener una mesada pensional 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 Porvenir S.A. ni la AFP Colfondos S.A.

Ahora bien, conforme el punto de apelación de las demandadas sobre el cumplimiento del deber de información sustentado en la declaración de parte del actor se trae a colación la sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(...) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto. (...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión (...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento(...).”

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen el deber de suministrar una información veraz y completa para cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: “Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones

deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Porvenir S.A.

Ahora bien, el demandante estuvo afiliado al extinto ISS hoy Colpensiones y a una caja de previsión, por lo que ha de traerse a colación la sentencia SL752 Rad. 72260 del 4 de marzo de 2020, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó *“Tampoco halla la Sala desinteligencia en la inferencia del juez plural consistente en que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, la actora resulto afiliada automáticamente al régimen de prima media, y que esta resultó siendo su primera selección, pues ninguna intelección se ofrece más coherente si de interpretar las normas aplicables al caso bajo examen a saber: artículos 52 y 28 de la ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el régimen de prima media con prestación definida entre ellas la Caja Nacional de Previsión Social.”*

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, 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, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Saul Fonseca Garcia** de la Caja de Previsión Social Distrital a la AFP Porvenir el 5 de octubre de 1995.

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 PRIMERA INSTANCIA:

El apoderado de la parte demandada AFP Colfondos S.A., presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia mencionando que no son proporcionales frente a la actitud que asumió la demandada Colfondos, toda vez que esta actuó como un tercero de buena fe.

La Sala debe precisar, la imposición de costas no es automática, debe demostrarse su causación, las etapas procesales y los argumentos del A Quo que lo llevan a tomar la determinación de fijar las costas. El numeral 1 del art 365 C.G.P. dispone: *“Se condenara en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión, que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*

Así bien, frente a las costas del proceso el A Quo sustentó condenar en costas a las demandadas porque considero que se causaron, y decidió que serían distribuidas en partes iguales entre AFP Porvenir y AFP Colfondos, por lo anterior no se encuentra contradicción alguna con la normativa del Código General del Proceso.

En consecuencia se despacha desfavorablemente la súplica del recurrente.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir SA, AFP Colfondos S.A. y Colpensiones, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de junio de 2021 por el juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A., AFP Colfondos 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.

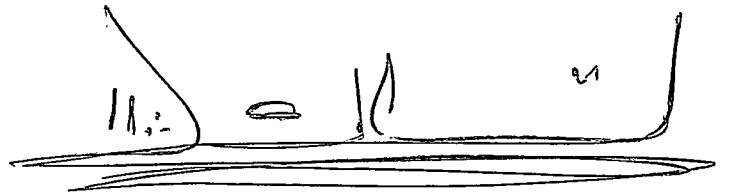
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503920170042201)



DAVID A. J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

(Rad. 11001310503920170042201)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503920170042201)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 31-2020-00375-01

Bogotá D.C., octubre veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: ZOILO ABELARDO TORRES ARIAS

**DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
AFP PROTECCION SA
COLPENSIONES**

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir S.A. y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de junio 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.221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.24)

La parte demandante (fl.13-14) la parte demandada Porvenir S.A. (fl.7-11) y Colpensiones (fls.17-23) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Zoilo Abelardo Torres Arias instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debidamente sustentada como aparece en escrito de demanda.pdf y subsana escrito de demanda.pdf del expediente digital con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y del traslado del demandante al RAIS ante la omisión de la AFP Protección S.A. del deber profesional de información.
2. Se ordene el traslado y afiliación del demandante a Colpensiones, al RPM establecido por la ley 100 de 1993, como consecuencia de la anterior declaratoria de anulación por ineficacia, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad.
3. Se ordene a AFP Porvenir S.A. la devolución a Colpensiones, de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del código civil (sentencia SU-062 de 2010), gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicho(s) fondo(s) con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que ese hubiere generado en aplicación del artículo 963 del código civil.
4. Se condene a la AFP Porvenir S.A. en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del fondo de pensiones al momento de dictarse la sentencia que ponga fin a esta Litis, a seguir pagando la misma al demandante hasta tanto sea trasladado por el fondo demandado, todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por este, con el propósito que el demandante no quede desprotegido de su derecho pensional.

- 5. Se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso que incluyan agencias en derecho según lo estipulado en el artículo 365 del CGP y por los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.
- 6. Se condene a los demandados al pago de las costas por concepto de resolución desfavorable de las excepciones previas, incidentes o nulidades de ser propuestas por las demandadas según lo estipulado en el artículo 365 de CGP y por los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.
- 7. Se declare y se condene lo que ultra y extra petita resulte probado a favor del demandante.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda Porvenir (“008.2020-375
Contestaciònporvenir18.01.2021.pdf”) Protección (“007.2020-375
ContestaProteccion18.01.2021.pdf”) y Colpensiones (“006.contestacion
Colpensiones.pdf”) de acuerdo al auto del 25 de noviembre de 2020. Se oponen a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 10 de junio de 2021, **DECLARÓ** la nulidad del traslado de régimen de Zoilo Abelardo Torres Arias traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad teniéndolo entonces como válidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. **CONDENÓ** a la demandada Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de sumas de dinero que recibió del demandante por concepto de aportes junto con sus rendimientos y frutos civiles, sin que sea posible descontar suma alguna de dinero por conceptos de gastos de administración seguros entre otros. **CONDENÓ** a la demanda Protección S.A. a que traslade a Porvenir S.A. para que Porvenir S.A. traslade a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones las sumas de dinero que descontó de lo aportado por el demandante por concepto de gastos de administración y seguros. **CONDENÓ** Porvenir S.A. y a Protección S.A. al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones a recibir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese

trasladado de régimen, **NO CONDENÓ** en costas y agencias en derecho a Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Apela el fallo y Manifiesta que el demandante Zoilo Abelardo Torres, en consideración de las prerrogativas del artículo 2° de la Ley 797 del año 2003, se encontraba a menos de 10 años de adquirir la categoría de pensionado, asimismo, de acuerdo con lo manifestado dentro del interrogatorio, dice que no se observan vicios del consentimiento que permitan definir su afiliación al RAIS y que esto preste mérito para declarar su nulidad.

Ruega tener de presente que el aquí demandante, en consideración con el tiempo que se ha encontrado plenamente vinculado al RAIS, ha dejado un señal nítida y clara de su intención de permanecer bajo la cobertura de este sistema, con todo lo que ello implica, dilucidando así todo campo de incertidumbre en cuanto al proceso de afiliación a Protección y posteriormente a Porvenir, esto en atención a lo retratado por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 413 DE 2018, teniendo como Magistrada Ponente a la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, dice que es prudente anotar que cuando se le hizo la pregunta al Señor Zoilo, sobre la posibilidad de que en algún momento solicitó la pensión ante Porvenir, él afirmó de una forma y otra que sí tenía la intención de ceñirse a las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Señala que de acuerdo a lo anterior, el demandante tenía conocimientos claros o básicos de cómo opera el Sistema de Colpensiones, o en su momento el Instituto de Seguros Sociales.

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

Manifiesta que para declarar la nulidad del traslado de régimen por parte del fallador de primera instancia respecto al deber de información como una obligación de ser probada por parte de Porvenir, de haber suministrado una información clara suficiente sobre el efecto que acarrea el cambio de régimen pensional.

Señala que no se valoró que el consentimiento informado para su libre escogencia, se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación o formulario de afiliación en donde expresaba que realizaba de forma libre y espontánea y sin presiones, la escogencia del régimen de ahorro individual, entre otras cuestiones, conforme a lo exigido del artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Dice que no se trata de una simple declaración vacía, incluida en un formato de afiliación, sino un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante, quien se presume como una persona capaz para obligarse.

Expresa que en el hipotético de aceptar que la voluntad del afiliado fue viciada por la ausencia total de la información o que esta fue insuficiente al momento de realizar el traslado, es incuestionable e inocultable, que siempre se le garantizó el derecho al retracto, según lo tiene dispuesto inicialmente el artículo 3 del Decreto 1161 del año 94 y también literal e artículo 13 de la ley 100 del 93 y las modificaciones introducidas en el artículo 2 de la Ley 797 del año 2003.

Dice que con declaratoria de nulidad del traslado entre regímenes, se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con el que contaba el demandante definido en jurisprudencia constitucional, en sentencia C 341 del año 2006, como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y, por ende, crear derechos y obligaciones siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres.

Apela que tampoco procede la condena por la devolución de los gastos de administración de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 del 93, también en el régimen de prima media, se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, y dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno prescriptivo.

Pide prestar atención al hecho de que al ordenar el traslado de estos gastos de administración a Colpensiones, pues se configura un enriquecimiento ilícito en favor de la demanda, en la medida que no existe una norma que disponga tal devolución. Señala que de forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes del artículo 103 de la Ley 100 del 93, menciona cuáles son los dineros que deben ser trasladados cuando existe cambio de régimen pensional, esto es, el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluidos sus rendimientos, lo que evidencia que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende, no pertenecen a él, sino al fondo privado como contraprestación a la gestión que adelantó para incrementar, pues el capital existente en la cuenta individual del afiliado.

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 AFP Protección SA efectuado por el(la) señor(a) **Zoilo Abelardo Torres Arias** el día 22 de marzo de 2000; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir S.A. y AFP Protección SA devuelvan 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 Protección SA el 22 de marzo de 2000 con efectividad a partir del 1 de mayo de 2000 y posteriormente solicito trasladarse a la AFP Horizonte, hoy AFP Porvenir S.A. el día 27 de abril de 2003 con efectividad a partir del 1 de junio de 2003 ("008.2020-375 Contestacionporvenir18.01.2021.pdf" fl 68)

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, SL4811 del 28 de octubre de 2020, SL2207 con Rad. 84578 de 2021, SL 373 con Rad. 84475 del 10 de febrero de 2021.

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 el fondo demandado Colpensiones, en la contestación de la demanda, aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir S.A. aportó copia del certificado Asofondos SIAFP, copia del formulario de vinculación suscrito por la parte actora con HORIZONTE S.A el día 27 de abril de 2003, 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, copia de la respuesta del día 02 de septiembre de 2020 emitido por Porvenir, copia del certificado de vinculación emitido por mi Porvenir el día 23 de diciembre de 2020, copia de la relación histórica de movimientos de la CAI de la parte demandante, copia historia laboral consolidada RAIS de la parte demandante, emitida por Porvenir el día 23 de diciembre de 2020, copia de la relación de aportes. AFP Protección S.A. aporó solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección, certificado SIAFP, Certificado de movimiento de cuenta del demandante donde se relaciona el valor de sus aportes y los rendimientos generados que fueron trasladados hacia PORVENIR, políticas de ejecutivos comerciales para asesorar y vincular personas naturales, concepto emitido por la Superintendencia Financiera No 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015 y 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 22 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 22 de marzo de 2000, el(la) demandante tenía 477 semanas (“008.2020-375 Contestacionporvenir18.01.2021.pdf” fl 99) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 16 de diciembre de 1962 – “001.Escrito de Demanda.pdf” fl 127) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo se podría pensionar en el RPM en el año

2024 (Actualmente ha cotizado más de 1.532, semanas - "008.2020-375 Contestacionporvenir18.01.2021.pdf" fl 99), 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, de tal manera que para tener una mesada pensional 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 Porvenir S.A. ni la AFP Protección S.A.

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adocrinó: "Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).", despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Porvenir S.A.

Ahora bien, conforme el punto de apelación de la demandada Colpensiones, en relación a que no se prueba el vicio de consentimiento en la declaración de parte de la actora se trae a colación la sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, el siguiente aparte:

(...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento(...)"

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen el deber de suministrar una información veraz y completa para cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

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, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Zoilo Abelardo Torres Arias** de Colpensiones a la AFP Porvenir el 22 de marzo de 2000.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de junio de 2021 por el juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A., 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;

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. 11001310503120200037501)



DAVID A. J. CORREA STEER

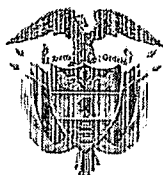
Aclaro Voto!

(Rad. 11001310503120200037501)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503120200037501)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 20-2020-00041-01

Bogotá D.C., Octubre veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: CLAUDIA MATILDE SANDOVAL CASTRO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A.
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de abril 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 Linda Vannessa Barreto Santamaria con tarjeta profesional No.280.300 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.16)

La parte demandante (fl.4), la parte demandada AFP Porvenir SA (fls.6-10) y Colpensiones (fls.12-15), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado

en auto de 26 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Claudia Matilde Sandoval Castro instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 3 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a mediados del año 94, iniciando cotizaciones en agosto de la reseñada anualidad con la AFP Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindo información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de pensiones, en especial de la situación personal y concreta de la demandante.
2. Se declare la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a mediados del año 2000, iniciando cotizaciones en septiembre de la reseñada anualidad con la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindo información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de pensiones, en especial de la situación personal y concreta de la demandante.
3. Se declare la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a inicios del año 2010, iniciando cotizaciones en febrero de la reseñada anualidad con la AFP ING S.A. hoy Protección S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindo información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de pensiones, en especial de la situación personal y concreta de la demandante.
4. Que en consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados a la demandante en el RPM como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.
5. Se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.
6. Se condene extra y ultra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: AFP Porvenir SA (fls.170), AFP Protección S.A.(fls.258) y Colpensiones (fls.98 expediente digital), de acuerdo al auto del 12 de febrero de

2020, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 20 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 14 de abril de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación o traslado del RPM al RAIS efectuado por la señora Claudia Matilde Sandoval Castro, efectuado a la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. el día 7 de junio de 1994 y el traslado horizontal del 31 de diciembre de 2009 a la AFP ING hoy AFP Protección S.A. **DECLARÓ** como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones. **ORDENÓ** a la AFP Protección, y de llegar a tener recursos de la demandante a la AFP Porvenir S.A: a devolver la totalidad de los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada Claudia Matilde Sandoval Castro, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. **CONDENÓ** en costas a las demandas Colpensiones, Porvenir y Protección, y a favor de la demandante la suma de 3 SMLMV, pagaderos a cuota parte, **ORDENÓ** en grado jurisdiccional de consulta ante el superior.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Dice que no se acreditaron los vicios del consentimiento y que en el expediente no obra prueba alguna que demuestre que esté en presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil. Menciona que se está frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y las AFP aquí mencionadas, por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad.

Refiere en cuanto a la carga de la prueba, que el artículo 167 del CGP reza al siguiente tenor: *incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagra el efecto jurídico que ellas persiguen*; señala que en ese sentido, el honorable Tribunal, en varios pronunciamientos, ha puesto de presente este artículo como en la sentencia del magistrado Carlos Andrés Vargas, del pasado 10 de octubre del 2017, donde manifestó: los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que las alegan, de manera alguna puede trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no actuó con dolo.

Manifiesta que de conformidad con el artículo 167 del CGP; las partes tienen la obligación de probar los supuestos fácticos en que fundan sus alegaciones, según el extremo que ocupan.

Por otra parte pide tener cuenta también la afectación sobre la descapitalización del sistema y la sentencia. C 1024 del 2004, SU 062 del 2010, SU 130 del 2013 de la Corte Constitucional en materia de traslado, que manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida, se descapitalizaría.

Finaliza reiterando la jurisprudencia atrás citada, y dice que le compete a la demandante demostrar el o los vicios del consentimiento alegados, no bastando para ello la simple afirmación de la demandante, de conformidad con lo expuesto en el artículo 1516 del Código Civil y el 167 del CGP, le correspondería a la carga de probar dicha afirmación.

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

Señala que el juez de primera instancia indica que lo que se presenta es el fenómeno de la ineficacia, en razón a la falta de información, sin embargo dice, la norma prevé que para que se dé su declaratoria, deben existir actos que impidan o atenten contra la afiliación de este trabajador, es decir, sin duda cuando se realizan actos con dolo para impedir o atentar en contra de esa libertad de afiliación, lo que supone la intención de causar daño, y en este caso no se alegó, no se acreditó el dolo por parte de Porvenir, y por el contrario, lo que se exigió con claridad es que la demandante suscribió el Formulario de afiliación de manera libre y voluntaria.

Exhibe que el A-quo manifiesta que el expediente está huérfano de pruebas y que el simple formulario de afiliación suscrito en el 94 carece de elementos de juicio para determinar la información entregada; expresa que pese a que se hizo la inversión de la carga de la prueba, no se puede compartir que, el formulario de afiliación es un simple formato. Pide recordar que era lo que se exigía para la época por la súper bancaria, y en cumplimiento de la ley 100 del 93, y no estaban obligadas las AFP a documentar la información que se entregaba.

Pide tener presente que en el interrogatorio la demandante indicó que su traslado de régimen sí estuvo supeditado por una asesoría. Una asesoría que duró de 20 a 30 minutos, en donde le indicaron las características de este régimen, tales como que podía hacer aportes adicionales, que se podía pensionar de manera anticipada; señala que le hablaron respecto de sus beneficiarios, aspecto totalmente relevante para que pueda gozar de su pensión más adelante, y también que recibió sus extractos, en donde pues allí se vive

informando cómo iba su pensión y cuáles eran los rendimientos que le estaba generando. De manera que dice, sí estuvo supeditada ese traslado por una información.

Apela que no se puede obligar a que la información hubiera sido más de lo que para ese entonces se exigía. Manifiesta que el buen Consejo de una proyección pensional, y demás obligaciones y puntualizaciones respecto de información, se hicieron del 2014 en adelante, y recuerda que se está hablando de algo que ocurrió en el año 94. Señala que tampoco se puede soportar con fundamento en las sentencias, dado que no son aplicables el caso, dice que fueron sentencias que nacieron a la luz de la jurisprudencia mucho después del 94, y reitera que la asesoría fue brindada de manera clara y comprensible a la luz de la ley de la época.

Señala que es un hecho objetivamente demostrable, que de manera libre, durante el tiempo de vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual, permitió que se realicen descuentos con destino Porvenir y permaneció por un espacio de aproximadamente 27 años, conducta que bajo la línea que ha trazado la honorable Corte Suprema de Justicia, sala laboral, se evidencia que esta es la verificación de la voluntad del afiliado, situación que se corroboró con la sentencia 47236 del 6 de abril de 2016.

Indica que, si bien hay una extensa jurisprudencia respecto al deber de información vale la pena recordar que todos estos casos fueron estudiados con personas que estaban amparadas por el Régimen de transición y aquí la demandante no está amparada por el Régimen de transición, luego no es o no tiene una identidad fáctica con el caso y por ende no sería vinculante.

Señala que por lo anterior varios magistrados han aclarado voto; entre esos en la sentencia SL 1452 del 2019, en donde el Doctor Rigoberto Echeverri aclaró voto, indicando precisamente que no se pueden declarar de manera automática las nulidades o las ineficacias del traslado porque se debe identificar si se produce un perjuicio claro y cierto, y es que, a estas personas, si se les producía ese perjuicio claro y cierto porque estaban amparadas por un régimen de transición y aquí la demandante no. Es por ello que también arguye que deberían estar autorizados los afiliados a demandar esta ineficacias o nulidades del traslado simplemente porque con el pasar del tiempo su plan de pensión no resulta acorde con sus aspiraciones, situación que sí ocurre en el presente caso.

También pone de presente el salvamento del Dr. Jorge Luis Quirós en donde en la sentencia de tutela con radicado 5912 del 13 de mayo del año pasado, indicó que tampoco estaban de acuerdo con que accedieron de manera indiscriminada a todas las pretensiones de nulidad o ineficacia del traslado con fundamento en la falta de información alegada por el demandante, porque indica que hacerlo de esta forma, es decir, masiva, se estaría generando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto que el legislador garantizó precisamente esa libertad de elección en cabeza del afiliado, quien debe asumir las consecuencias jurídicas que conlleva.

Finalmente destaca al Tribunal que la demandante está inmersa en la prohibición legal que estipula la ley 797 del 2003, en el literal e del artículo 13, que se estipula también en la ley 100 del 93.

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 **Claudia Matilde Sandoval Castro** el día 7 de junio de 1994; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir y AFP Protección 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 S.A. el 7 de junio de 1994 (fl.228 expediente digital) con efectividad a partir del 1 de octubre de 1994(fl.322 expediente digital), posteriormente solicito trasladarse a la AFP ING hoy AFP Protección el 31 de diciembre de 2009, con efectividad a partir del 1 de febrero de 2010 (fl.322 expediente digital)

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, SL4811 del 28 de octubre de 2020, SL2207 con Rad. 84578 de 2021, SL 373 con Rad. 84475 del 10 de febrero de 2021.

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 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 de la demandante. AFP Porvenir SA aportó: Copia del certificado de egresado, copia del formulario de afiliación suscrito por la parte demandante con Colpatria en el año 1994, copia de la historia laboral consolidada Copia de la relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual, Copia de la relación de aportes, Certificado de ASOFONDOS (SIAFP), copia de la página de periódico El Tiempo del 14 de enero de 2004, concepto de la superintendencia financiera Rad. No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020. AFP Protección aportó: Captura de pantalla del aplicativo AS400, solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por ing hoy Protección S.A. el día 31 de diciembre de 2009, formato de Re asesoría pensional, correo con información de Re asesoría pensional, respuesta al derecho de petición allegado por la demandante de fecha 17 de octubre de 2019, respuesta al derecho de petición allegado por la demandante de fecha 03 de diciembre de 2019.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 7 de junio de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) 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 7 de junio de 1994, la demandante tenía 244,14 semanas (fl.300 expediente digital) por tanto en términos del artículo 33 de

la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 28 años (nació el 10 de agosto de 1966 – fl.319 expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, para el año 2023 podría pensionarse en el en el RPM (actualmente ha cotizado más de 1287,43 semanas fl.300 expediente digital), 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.

Ahora bien, en cuanto a la apelación de la demandada Colpensiones, que cita el artículo 167 del CGP en el apartado *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagra el efecto jurídico que ellas persiguen”*. La sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, menciona en los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto. (...)Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)”

Teniendo en cuenta lo indicado por el máximo Tribunal, no es posible invertir la carga de la prueba como lo solicita la demandada.

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.

Respecto a la inconformidad de la AFP Porvenir S.A., en la que manifiesta que cumplió con su deber de información, sustentando esto en que el afiliado suscribió el respectivo formulario de afiliación, se reitera que 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.

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 **Claudia Matilde Sandoval** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colpatría, hoy Porvenir S.A. el 7 de junio de 1994.

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 las apelantes AFP Porvenir S.A 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 14 de abril de 2021 por el juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A. 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.

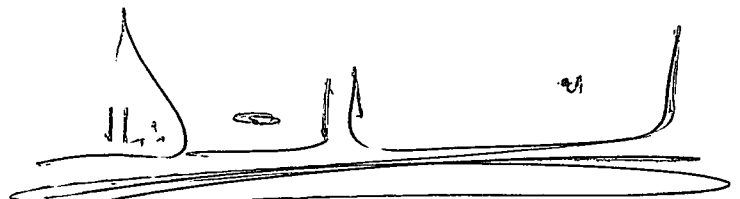
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502020200004101)



DAVID A. J. CORREA STEER

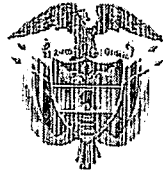
(Rad. 11001310502020200004101)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502020200004101)



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 12-2019-00275-01

Bogotá D.C., Octubre veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: ANA LUISA SANTANDER FLEISCHMAN
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A.
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de junio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandante (fl.11), la parte demandada AFP Porvenir SA (fls.5-9) y Colpensiones (fls.13), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 26 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Ana Luisa Santander Fleischman instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 1 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad del traslado de la demandante del RPM al RAIS efectuado por Colpensiones a la AFP Protección S.A. con fecha de efectividad del 1° de octubre de 1998; ante la omisión del deber de información por parte de Colpensiones a la demandante, con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los ingresos, beneficios y desventajas, por ser servidora público y no poder estar afiliada a este fondo de conformidad a lo establecido en el artículo 3 de la ley 797 de 2003, habida cuenta que, por su calidad de servidora pública debe estar obligatoriamente afiliada al RPM de conformidad con el artículo referido.
2. Se declare que como consecuencia, Colpensiones deberá solicitar a AFP Protección S.A., los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la señora demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que hubiere causado.
3. Se declare que AFP Protección S.A. tiene la obligación de trasladar a Colpensiones como afiliada a la demandante, conforme a la decisión que se adopte, así como recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada al RAIS, y a contabilizar para efectos de pension, las semanas cotizadas por la demandante en el RAIS.
4. Se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado de la demandante del RPM al RAIS en cabeza de la AFP Protección S.A. con fecha de efectividad del 1° de octubre de 1998, al no poderse predicar la existencia del consentimiento libre, voluntario e informado, por parte de la demandante, al momento de la vinculación a ese fondo privado. Por ser servidora pública y no poder estar afiliada a este fondo de conformidad a lo establecido en el artículo 3 de la ley 797 de 2003, habida cuenta que, por su calidad de servidora pública debe estar obligatoriamente afiliada al RPM de conformidad con el artículo referido.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: AFP Protección S.A. (fls.65) y Colpensiones (fls.36 expediente digital), de acuerdo al auto del 14 de mayo de 2019, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito. AFP Porvenir SA no contesto la demanda.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 12 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 14 de abril de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y de cotización de la demandante Ana Luisa Santander Fleischman celebrada en su momento con la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., subsiguientes con Horizonte, Porvenir y, la Administradora De Fondo De Pensiones Y Cesantías Ing hoy Protección S.A. **CONDENÓ** a Protección S.A. siendo el último fondo, a la devolución de saldos aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante Ana Luisa Santander Fleischman, con destino a Colpensiones. **ORDENÓ** a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de aportes, saldos y, rendimientos, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular. **ABSOLVIÓ** a las demandadas Colpensiones y Porvenir de las demás súplicas de la demanda. **DECLARÓ** no probadas las excepciones formuladas por Porvenir, Colpensiones y Protección. **NO CONDENÓ** en costas. **ORDENÓ** en grado jurisdiccional de consulta ante el superior.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Manifiesta que en ningún momento se logró demostrar ningún vicio del consentimiento para declarar nulo el contrato de afiliación, lo cual no ocurrió.

Señala que se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, Sra. Ana Luisa, al régimen de ahorro individual, en pleno uso de sus facultades mentales y legales. Dice que se encuentra inmersa en la prohibición del literal e artículo 13 de la Ley 100 del 93, que no medio ningún vicio del consentimiento para la suscripción de los contratos referidos.

Expresa que manifiesta el despacho que no se probó la vinculación a los distintos fondos. Dice que se obvian las manifestaciones que se obtuvieron en el

interrogatorio de parte, en donde se manifiesta que se vinculó de manera libre y voluntaria al régimen de ahorro individual.

Solicita a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá tener en cuenta lo manifestado en la sentencia SL 1452 Sala de casación laboral en relación a la aclaración de voto del magistrado Rigoberto Echeverri bueno, que indicó: *“En mi concepto la ineficacia del traslado no puede predicarse respecto de todos los casos de manera automática e inconsulta, sino que depende de las falencias en la información e inexistencia del consentimiento informado, como si hubiera producido un error o perjuicio, claro cierto y específicamente determinado para el afiliado en el momento en que se produjo el traslado, como quien pierde el régimen de transición sin ser advertido de ello o cuando se compromete ostensible o inconscientemente, el nacimiento de un derecho pensional, en el mismo sentido se indica en esa sentencia, en otras palabras, los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia del traslado, simplemente porque, pasado el tiempo, su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones, contrario a ello, estimo prudente se analicen las circunstancias particulares de cada caso y que no se establezcan o se reivindiquen reglas generales automáticas que minan la estabilidad del sistema pensional y desconocen los principios fundamentales como la autonomía de la voluntad y la libre escogencia del régimen”*.

Señala que de acuerdo al acervo fáctico que se observa en el proceso, se evidencia que se realizaron cuatro afiliaciones al régimen de ahorro individual, las cuales validan el consentimiento y la voluntad del querer permanecer en el régimen de ahorro individual, que subsanan la supuesta falta de información que tampoco se logró demostrar.

Señala que en el interrogatorio de parte también se manifiesta por parte de la demandante que, con los aspectos básicos del régimen de ahorro individual, como la rentabilidad y otras circunstancias que se logran evidenciar en el interrogatorio.

Solicita revocar la condena en el sentido estricto de los gastos de administración, esto con apego de las sentencias de la honorable Corte Suprema de Justicia: 17595, SL 4989, SL 1421 de 2019, en las que menciona que hay lugar a reintegrar la totalidad de las cotizaciones, es decir, los recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas abonadas al Fondo de Garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y en lo referente a los gastos de administración.

Solicita se ordene y se modifique la sentencia que condena a Colpensiones a recibirla al régimen de prima media, en la devolución de dichos gastos de

administración, ya que Colpensiones no está en la obligación de asumir estos y que, como consecuencia de esta declaratoria de ineficacia, se ordene la devolución de estos gastos de administración, toda vez que Colpensiones no está en la obligación de asumir esa carga económica, y que mina la estabilidad del sistema pensional.

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 AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora **Ana Luisa Santander Fleischman** el día 22 de septiembre de 1998; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir y AFP Protección 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 Porvenir S.A. el 22 de septiembre de 1998 con efectividad a partir del 1 de noviembre de 1998, posteriormente solicito trasladarse a la AFP Horizonte el 10 de marzo de 2000 con efectividad a partir del 1 de mayo de 2000, para finalmente trasladarse a la AFP ING hoy AFP Protección el 5 de abril de 2002, con efectividad a partir del 1 de junio de 2002 (fl77 expediente digital)

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, SL4811 del 28 de octubre de 2020, SL2207 con Rad. 84578 de 2021, SL 373 con Rad. 84475 del 10 de febrero de 2021.

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 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 Protección aportó: Certificación SIAFP, afiliación a Protección, reporte estado de cuenta, historia laboral, historia laboral bono pensional, aviso de prensa

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 22 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 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 septiembre de 1998, la demandante tenía 159,14 semanas (fl.79 expediente digital) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 25 de agosto de

1958 – fl.8 expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el en el RPM una vez complete las semanas requeridas, la edad ya la había cumplido (para agosto de 2019 había cotizado más de 1226 semanas fl.79 expediente digital), 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.

Ahora bien, en cuanto a la apelación de la demandada Colpensiones, La sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, menciona:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto. (…)

Teniendo en cuenta lo indicado por el máximo Tribunal, son los fondos privados quienes tienen el deber de probar el consentimiento informado, se reitera que 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.

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.

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 Ana Luisa Santander Fleischman 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, 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, en este caso por Porvenir S.A. y Protección S.A., incluyendo los gastos de administración,

ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, de tal manera que Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibe los aportes y sus rendimientos, junto con los gastos de administración, trayendo a colación también la 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, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **Ana Luisa Santander Fleischman** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Porvenir el 22 de septiembre de 1998, 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 la apelante Colpensiones, habrá lugar a condenarla 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 22 de junio de 2021 por el juzgado 12 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 AFP Protección S.A y AFP Porvenir S.A. 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.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la partes demandada Colpensiones y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

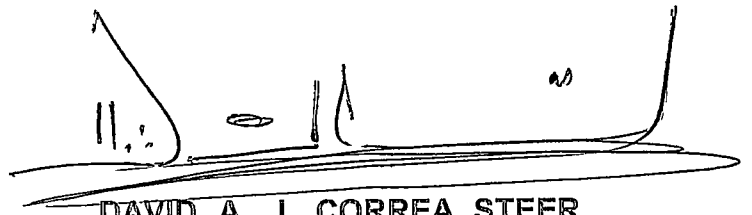
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501220200027501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501220200027501)

Aclaro voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501220200027501)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 16-2019-00201-01

Bogotá D.C., Octubre veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: SANDRA JEANET URICOECHEA BARRERA

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A.**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de junio 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.221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de

la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.187)

La parte demandante (fls.180-181), la parte demandada AFP Porvenir SA (fls.174-178) y Colpensiones (fl.184-187), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 23 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Sandra Jeanet Uricoechea Barrera instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 73, con subsanación de demanda a folios 90 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad absoluta del acto de afiliación ilegalmente registrado por medio del cual se traslado a la demandante del RPM que administra Colpensiones, al RAIS que administra AFP Horizonte, hoy AFP Porvenir S.A., atendiendo al error y a la falta de información bajo la cual se suscribió la afiliación al RAIS.
2. Se declare que para todos los efectos legales la demandante nunca estuvo afiliada al RAIS que administra AFP Horizonte, hoy AFP Porvenir S.A.
3. Se declare en consecuencia que la demandante debe quedar inscrita en el RPM administrado por Colpensiones.
4. Se condene a Colpensiones a aceptar el traslado de régimen pensional de la señora demandante, que fue radicado formalmente en esa administradora el día 23 de febrero de 2018, procediendo entonces a inscribir a la peticionaria en el RPM que administra esta entidad, atendiendo a que es la única administradora del RPM legalmente facultada en la actualidad para recibir la afiliación de la demandante.
5. Se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el valor total de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante.
6. Se condene a Porvenir S.A. al pago de una indemnización económica por los perjuicios materiales y morales causados a la señora demandante.
7. Se condene a las demandadas al pago de las agencias en derecho y las costas del proceso.
8. Se condene extra y ultrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.97-103) y AFP Porvenir SA (fls.136-150), de acuerdo al auto del 9 de septiembre de 2019, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 41 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 22 de junio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado realizado por Sandra Jeanet uricoechea Barrera del RPM al RAIS. **ORDENÓ** a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexadas al momento de realizarse la transferencia. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de la AFP Porvenir S.A., y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **CONDENÓ** en costas a las demandadas, señalando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora. **ORDENÓ** remitir copia de la providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y **ORDENÓ** en grado jurisdiccional de consulta ante el superior.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Pone a consideración que, si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción, como el citado en el A-quo, bajo los argumentos que manifiesta el honorable Tribunal en diferentes salas, no se aplica el precedente de manera objetiva, ya que dice, se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, en especial, señala que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar el ineficacia, el traslado con base en la falta de información, cuando no le obligatorio a mi representada brindar la misma a la demandante, teniendo en cuenta la circular 19 de 1998, emitida por la Superintendencia financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia establecida, a efectos de que se entendiera no solo ha materializado, si no valido el traslado de régimen pensional, que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular, tal como ocurre en el presente asunto. Con base en esto manifiesta que Porvenir cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia del actor en el régimen de ahorro

individual administrado ha sido una decisión libre y voluntaria, e informada que se ha ratificado con el tiempo.

Expresa que tampoco es razonable deducir que la ineficacia del traslado se da por falta de consentimiento, por vicios en el mismo, toda vez que Porvenir brindó a la demandante una asesoría oportuna, en donde le informó ampliamente sobre sus implicaciones de su decisión sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en el formulario suscrito por ella.

Aduce que el presente caso se da el fenómeno establecido en el artículo 1752 y siguientes del Código Civil, relativos al saneamiento del consentimiento por ratificación tácita, la cual opera de manera automática, teniendo en cuenta que la demandante realizó aportes de manera personal y voluntaria, lo que sin lugar a dudas en el caso del existe algún tipo de vicio del consentimiento de la misma demandante ratificó su decisión al trasladarse de régimen y permanecer con su propio actuar con el paso del tiempo.

Adicional a eso menciona que, en el artículo 6° del Código Civil, el desconocimiento de la ley no excusa de su incumplimiento, y pone de presente que se está frente a un error de derecho que no es causal de nulidad, toda vez que, si bien es cierto, la demandante, con posterioridad, adquiere el título de abogada, esto no la exime de no haber conocido la ley y más la ley 100 de 1993, que tiene vigencia desde tiempo atrás, a que ella fuera abogada y que, pues, por obvias razones al momento de realizar la carrera se le dieron las nociones básicas, por lo que no es una persona, no lego, que podría indicar que no conocía la normatividad y por eso puede indicar que no tuvo una información necesaria para poder tomar una decisión óptima sobre el tema de su pensión.

Adicional a eso menciona que la demandante tenía conocimiento de que podía pensionarse con anterioridad, y aun así no lo quiso, pero esto no porque Porvenir le realizara algún tipo de negatividad, sino simplemente porque no se estaba cumpliendo con las expectativas económicas que la demandante quiere.

Gastos de administración

Dice que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina el 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivencia; dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos a la prescripción. Además, es necesario resaltar que la Superintendencia financiera de Colombia, en el concepto del 17 de enero del 2020 indicó de forma expresa que en los eventos que procediera la ineficacia del traslado, las únicas o más al retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de primas de seguros previsional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de

mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la Comisión de Administración.

Alerta que el hecho de que ordene el traslado de estos gastos a COLPENSIONES, se configura un enriquecimiento sin causa a favor de la demanda, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución; en forma clara y sin lugar interpretaciones diferentes el artículo 113, el literal B la Ley 100 del 93 menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen y esto es, el saldo de la cuenta individual incluye los rendimientos, lo que evidencia que no están destinados a financiar la prestación del afiliado, y, por ende, no pertenecen a él, sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta individual.

Finalmente, pide se declare la prescripción respecto a la devolución de gastos de administración y primas de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuota inicial del afiliado, los rendimientos financieros por cuanto al no corresponder a los valores pertenecer a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, en cuanto no financian la prestación de vejez no puede predicarse su imprescriptibilidad característica de la que goza del Derecho pensional.

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

Manifiesta que según lo manifestado en las consideraciones de la sentencia, es evidente que para el A-quo se declaraba ineficaz el efecto del traslado realizado por la parte demandante en el año 1994. Sin embargo, pide tenerse en cuenta ese formulario como un contrato, y teniendo en cuenta la teoría de los negocios jurídicos y la autonomía de la voluntad, señala que correspondía únicamente a las partes decidir, modificar o dejar sin efecto ese acto celebrado por lo dicho para el momento que la demandante solicitó el traslado régimen fundamentado en la nulidad del traslado por error o por engaño, no era Colpensiones la competente para dejar sin efecto un negocio del cual no hizo parte, por lo que, al no estar de acuerdo en ello las partes, correspondía únicamente a los jueces como administradores de Justicia, decidir si existió o no alguna razón para dejar sin efecto el acto celebrado.

En este sentido, menciona que al declararse en este proceso que el acto carecía de eficacia y teniendo en cuenta que la entidad no hizo parte del mismo, debía ser absuelta de la condena en costas procesales.

En este sentido solicita respetuosamente a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, se revoque la condena impuesta a Colpensiones, teniendo en cuenta que la misma actúa dentro de estos procesos como únicamente un tercero de buena fe y un litisconsorte necesario como único fondo administrador del régimen de prima media.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora **Sandra Jeanet Uricoechea Barrera** el día 4 de octubre de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir 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 el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 4 de octubre de 1994 con efectividad a partir del 1 de noviembre de 1994 (FI162 “medio magnético” pagina 4-5)

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 formulario de afiliación del 4 de octubre de 1994, copia relación de aportes, histórico de movimientos, historia laboral consolidada RAIS, copia historia laboral OBP, copia historia laboral no válida para bono pensional, copia respuesta derecho de petición.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 4 de octubre de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) 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 4 de octubre de 1994, la demandante tenía 50,14 semanas (fl162 “medio magnético” pagina 52) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 28 años (nació el 26 de enero de 1966 – fl 9) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, para el año 2023 podría pensionarse en el en el RPM (actualmente ha cotizado más de 1345 semanas fl162 “medio magnético” pagina 39), 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.

Ahora bien, conforme el punto de apelación de la demandada Porvenir S.A. sobre el cumplimiento del deber de información sustentado en la firma del formulario de afiliación como única obligación del fondo privado y sobre la calidad no lego de la actora, donde menciona que la demandante era estudiante de Derecho por lo cual no se le puede eximir de no haber conocido la ley 100 de 1993, mencionando que en sus estudios se le dieron las nociones básicas, por lo que es un afiliado no lego, por lo que no podría sustentar que no conocía la normatividad e indicar que no tuvo una información necesaria para poder tomar una decisión óptima sobre temas relacionados con su pensión, recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL

1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto. (...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión (...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)”

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen el deber de suministrar una información veraz y completa para cualquier nuevo afiliado, se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional y, se reitera, acreditar esto a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe.

De igual manera al señalar en la apelación la calidad no lego de la actora por su nivel educativo, los fondos tienen el deber de suministrar una información veraz y completa. Independientemente de la formación académica de la parte actora, no lo hace experta en materia pensional y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración ni seguros previsionales, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adocrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentada por la AFP Porvenir S.A.

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, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Sandra Jeanet Uricoechea Barrera** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A. el 4 de octubre de 1994.

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 PRIMERA INSTANCIA:

El apoderado de la parte demandada Colpensiones, presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia mencionando que es un tercero de buena fe en la relación contractual de la parte actora y Porvenir S.A.

La Sala debe precisar, la imposición de costas no es automática, debe demostrarse su causación, las etapas procesales y los argumentos del A Quo que lo llevan a tomar la determinación de fijar las costas. El numeral 1 del art 365 C.G.P. dispone: *“Se condenara en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión, que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*

Así bien, frente a las costas del proceso el A Quo sustentó condenar en costas a las demandadas porque considero que se causaron, y decidió que serían condenadas las partes demandas AFP Porvenir y Colpensiones, por lo anterior no se encuentra contradicción alguna con la normativa del Código General del Proceso.

En consecuencia se despacha desfavorablemente la súplica del recurrente.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir S.A 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.

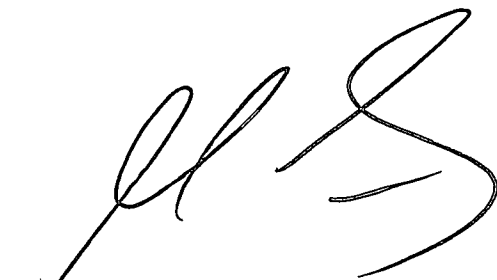
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de junio de 2021 por el juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A. 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.

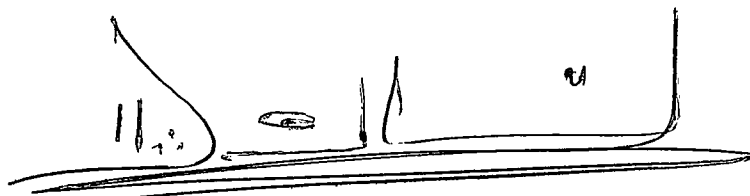
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501620190020101)



DAVID A. J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

(Rad. 11001310501620190020101)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501620190020101)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 22-2019-00489-01

Bogotá D.C., Octubre veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: EDUARDO RAMIREZ GALEANO

**DEMANDADO: AFP PROTECCIÓN SA
COLPENSIONES**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA
(PROTECCIÓN SA Y COLPENSIONES) CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Protección S.A., y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de julio 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 Belcy Bautista Fonseca con tarjeta profesional No.205.907 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la

Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl 12)

La parte demandante (fl.18-19), la parte demandada Protección S.A. (fls.6-9) Colpensiones (fls.13-16) presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 23 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Eduardo Ramirez Galeano instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y AFP Protección SA, debidamente sustentada como aparece a folios 119 “expediente digital”, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad de la afiliación de la afiliación y traslado efectuado por el demandante del RPM al RAIS a la AFP Protección S.A. por haber existido vicio de consentimiento, dado que se omitió brindarle una asesoría clara, completa, adecuada, y eficaz sobre las consecuencias de dicha actuación.
2. Se condene a Colpensiones a recibir la afiliación del actor al RPM sin solución de continuidad.
3. Se Condene a la AFP Protección a trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual del actor, junto con las sumas que le puedan corresponder por conceptos de bono pensional, intereses y rendimientos, sin descontar suma alguna por concepto de cuota de administración.
4. Se condene a Colpensiones que una vez reciba por parte de la AFP Protección las sumas que por virtud de la afiliación del actor tenía a su cargo, proceda a la corrección e imputación de los tiempos cotizados en su historia laboral.
5. Se condene a Colpensiones a reconocer y pagar al actor la pensión de vejez conforme al artículo 9 de la ley 797 de 2003.
6. Se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez del actor de forma retroactiva.

7. Se condene a Colpensiones a reconocer y pagar las sumas de condena de forma indexadas.
8. Se condene a lo que resulte de las facultades extra y ultra petita.
9. Se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda AFP Protección SA fl.106"expediente digital" y Colpensiones fl.73"expediente digital" de acuerdo al auto del 8 de Noviembre de 2019. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de fondo.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 7 de julio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por Eduardo Ramírez Galeano, identificado con la cédula de ciudadanía número 7245762, al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 24 de febrero de 1996 **ORDENÓ** a Protección, fondo en el que se encuentre afiliado el demandante, a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandas **CONDENÓ** en costas a Protección a la suma de un salario mínimo mensual legal vigente. **ORDENÓ** el grado jurisdiccional de consulta. **ABSOLVIÓ** a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra.

RECURSO DE APELACION

La **parte demandada (Protección S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Gastos de administración

Apela la sentencia en cuanto a la condena de devolución de comisiones de administración.

Manifiesta que se debe tener en cuenta que la devolución del dinero en la cuenta de ahorro individual del demandante por este concepto, se realizó como consecuencia de la disposición legal, válida, exigible, aplicable y vigente, no por capricho de Protección y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de ahorro individual del demandante.

Señala que en el hipotético caso, que se asuma que Protección no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de esos conceptos a Colpensiones, debe proceder entonces la devolución de todos los rendimientos generados mientras estuvo afiliado a mi Protección y que se trasladarían a Colpensiones, pero éstos se generaron por concepto de la buena administración y en este sentido solo daría lugar a que se trasladen los aportes, pero sin los rendimientos generados.

Menciona que en caso de declararse la nulidad o ineficacia del traslado, las consecuencias jurídicas es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que se deberán trasladar los aportes que se encuentren acreditados en el momento de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual del demandante sin los rendimientos, ya que éstos son exclusivamente generados en el régimen de ahorro individual por mandato de la ley.

Finalmente indica que de haber estado el demandante todo este tiempo afiliado en el régimen de prima media no hubiera ostentado tales rendimientos.

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

Manifiesta el apoderado que no se encuentra de acuerdo con el encuadramiento Jurídico que le da el despacho mediante la aplicación de la línea jurisprudencial pacífica y reiterada de la Corte Suprema sobre la ineficacia o la nulidad del traslado, toda vez que para el preciso caso, señala, no se debe dar aplicabilidad a ese precepto, ya que respecto a los sustentos fácticos y las pretensiones que se han incoado en la demanda, se logra dilucidar que la motivación del demandante para retornar al régimen de prima media con prestación definida no es la falta del deber de información, sino su descontento con el valor de la mesada pensional.

Expone que si la mesada pensional del demandante hubiera sido mayor a la que podría recibir en el régimen de prima media con prestación definida, no se encontrarían en el presente litigio y el deber de información quedaría en un segundo plano.

Señala que si bien la carga de la prueba se encuentra totalmente invertida en este tipo de procesos, el demandante no hizo el ningún esfuerzo probatorio para demostrar que para la época del traslado no fue debidamente informado por parte de Protección de cuáles eran las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y su relación con el régimen de Prima media con prestación definida.

Apela que el descontento con el valor de su mesada pensional no se puede refutar como una falta del deber de información, y que al momento del traslado era imposible saber cuál era el valor de la mesada pensional del demandante 10, 15 o 20 años después. Expresa que el encuadramiento judicial que se le da al caso no da lugar, ya que la falta del deber de información no fue debidamente probado en el tránsito probatorio del proceso y considera que la sentencia está generando un desbalance financiero al régimen de prima media con prestación definida en el entendido que Colpensiones está respondiendo por actos jurídicos celebrados por terceros que están afectando el principio de solidaridad del régimen de prima media con prestación definida, ya que señala, el demandante no cotizó a este régimen en los últimos 10 años y, por tal razón, se le debe dar aplicabilidad a la pensión legal que se encuentra consignada en el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA efectuado por el(la) señor(a) **Eduardo Ramirez Galeano** el día 24 de febrero de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Protección 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 Protección SA el 24 de febrero de 1996 con efectividad a partir del 1 de abril de 1996. (fl 140 "expediente digital")

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, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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 Protección aportó: Formulario afiliación, SIAFP, respuesta derecho petición, certificado de aportes con rendimientos, historia laboral OBP, historia laboral, concepto emitido por la Superintendencia Financiera No 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, 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 24 de febrero 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 24 de febrero de 1996, el(la) demandante tenía 450,21 semanas (fl 167 "expediente digital") por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 40 años (nació el 29 de octubre de 1953 – (fl 25"expediente digital") y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría haberse pensionado en el año 2015 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.443,86 semanas – (fl 167 "expediente digital"), 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, 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 S.A.

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Protección S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adocrinó: "Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).", despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Protección S.A.

Ahora bien, conforme el punto de apelación de la demandada Colpensiones, en relación a que la demanda se encuentra motivada por un descontento en el valor de la mesada pensional y no en la falta de información, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...).”

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional

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, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Eduardo Ramirez Galeano** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Colmena hoy AFP Protección el 24 de febrero 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 las apelantes AFP Protección 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 7 de Julio de 2021 por el juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: En esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Protección S.A., 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.

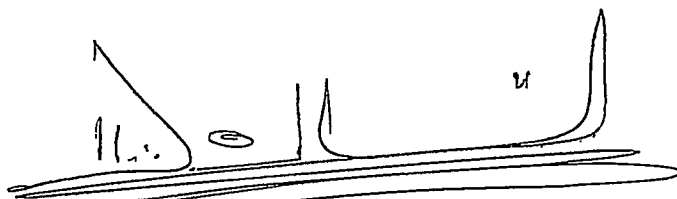
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



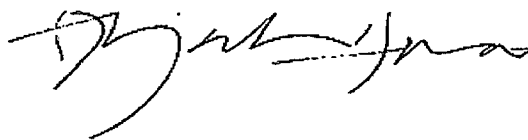
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502220190048901)



DAVID A. J. CORREA STEER
Aclaro Voto!
(Rad. 11001310502220190048901)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502220190048901)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 23-2020-00295-01

Bogotá D.C., octubre veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: VILMA MARYORY BRICEÑO CASTELLANOS

DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A.

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de junio 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 Karen Julieth Nieto Torres con tarjeta profesional No.280.121 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl 33)

La parte demandante (fls37-38), la parte demandada Porvenir S.A. (fls.23-27) Colpensiones (fls.30-32) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 2 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Vilma Maryory Briceño Castellanos instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 1 “medio magnetico”, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la ineficacia del traslado, por medio del cual se efectuó el cambio de régimen pensional de Vilma Maryory Briceño Castellanos, mediante reticencia y omisión de información del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que administra la Sociedad Administradora De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A. bajo el cual se suscribió la afiliación al RAIS., el 25 de junio de 2003.
2. Que como consecuencia de la Ineficacia del Traslado de la señora Vilma Maryory Briceño Castellanos al Régimen de Ahorro individual se declare para todos los efectos legales que nunca estuvo afiliada o se trasladó al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad administrado por la Sociedad Administradora De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A.
3. Que como consecuencia de la declaratoria de la Ineficacia del Traslado de la demandante Vilma Maryory Briceño Castellanos al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad a cargo de la Sociedad Administradora De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A., se declare que debe quedar afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.
4. Se declare y ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones—Colpensiones, aceptar el traslado de Régimen Pensional de Vilma Maryory

Briceño Castellanos que fue radicado formalmente en esa Administradora el 19 de diciembre de 2019, procediendo entonces a inscribir como afiliada a la accionante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra esta entidad.

5. Que se condene a la Sociedad Administradora De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones., todos los valores que hubiere recibido en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado de la cotizante Vilma Maryory Briceño Castellanos.
6. Que se condene a las demandadas al pago de las agencias en derecho y las costas del presente proceso tal y como lo manda el artículo 365 del C.G.P.
7. Se condene Extra y Ultrapetita tal y como lo permite el artículo 50 del CPTSS.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: Colpensiones (fl18 “medio magnetico”), de acuerdo al auto del 19 de noviembre de 2020, se opone a las pretensiones de la demandante y propone excepciones de mérito. Porvenir S.A. no contesto la demanda

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 23 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 18 de junio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS administrado por la demandada AFP Porvenir S.A. **CONDENÓ** a la AFP Porvenir S.A. a devolver o trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, 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 del traslado de régimen pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago. **DECLARÓ** que la demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliada al RPMPD, hoy administrado por Colpensiones. **DECLARÓ** no probada las excepciones propuestas por las demandadas, **CONDENÓ** en costas a Porvenir S.A. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Expone que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción común citada en el A-quo, bajo los argumentos que ha manifestado 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 y en especial las aquí presentadas, toda vez que, según indica, las pretensiones principales son meramente económicas.

Señala que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado con base en la falta de información, cuando no le obliga a Porvenir brindar la misma a la demandante, referenciando la circular 19 de 1998, emitida por la Superintendencia financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que no se entendiera materializado, sino válido el traslado de régimen pensional, que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular.

Manifiesta que en consecuencia Porvenir cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia de la actora en el régimen de ahorro individual, administrado por Porvenir, ha sido una decisión libre, voluntaria e informada, que se ha ratificado con el tiempo.

Señala que tampoco es razonable deducir la ineficacia del traslado, sea por falta de conocimiento o vicios en el traslado, toda vez que Porvenir brindó a la demandante una asesoría oportuna en donde informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y sobre sus condiciones pensionales, tal como aprecia el Formulario suscrito por ella.

Indica que en el presente caso se da el fenómeno establecido en el artículo 1752 y siguientes del Código Civil, relativos al saneamiento del consentimiento por ratificación tácita; la cual dice, opera de manera automática, teniendo en cuenta que la demandante realizó aportes de manera personal y voluntaria, lo que, sin lugar a dudas, de haber existido algún tipo de vicios del consentimiento, la misma demandante ratificó su decisión al trasladarse de régimen y permanecer en el con su propio actuar y con el paso del tiempo.

Gastos de administración

Por otro lado apela que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2°, artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un porcentaje de la cotización a financiar gastos de administración de pensión de invalidez y pensión de sobrevivencia. Menciona que dichos

gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos a la prescripción.

Resalta además que la Superintendencia financiera de Colombia, en el concepto del 17 de enero de 2020, indicó de forma expresa, que en los eventos en que procede la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguros provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la Comisión de Administración.

Pide atender que el hecho de ordenar el traslado de estos gastos a Colpensiones, se configura un enriquecimiento sin causa en favor de esta demanda, en la medida que no existe forma en que lo disponga una devolución en forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes, el artículo 113, literal B de la Ley 100 del 93, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un 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, sino al fondo privado como contraprestación de las gestiones que está adelantando o que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta individual del afiliado.

Finalmente, expresa que debe declararse la prescripción respecto de la devolución de gastos de administración y las primas de seguros o cualquier otra suma diferente a la capital de la cuenta individual del afiliado o los rendimientos financieros, por cuanto al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez no pueden predicarse su imprescriptibilidad, característica de la que goza del Derecho pensional.

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

Solicita se revoque el fallo del A-quo, teniendo en cuenta que, si bien, en los fallos de la honorable Corte Suprema de Justicia, la Corte ha indicado que el deber de información se debe acreditar en todos los procesos, indistintamente de que los accionantes sean o no beneficiarios del régimen de transición, dice que lo cierto es que ese deber de información ha venido variando con el tiempo, como para el año 2003, cuando se trasladó la demandante, si bien la ley 100 ya hablaba de que la elección de régimen pensional fuera el resultado de lo debido conocimiento o de las características de cada régimen, la misma no habla de hacer comparaciones o simulaciones, teniendo en cuenta el número de semanas de cotización, la edad o fluctuaciones de mercado.

Menciona que para el 2003, le faltaban más de 20 años para alcanzar el status pensional, por lo que era importante, o es imposible, para los fondos de pensiones prever en qué

condiciones serían sus condiciones pensionales en el futuro, si serían continuas, si serían sobre el mismo IBC o si tendrían hijos; factores que en dicho régimen varían las condiciones pensionales, por lo tanto, es dable aclarar que en la firma del formulario de afiliación es completamente válida y no hay lugar a declarar su ineficacia, pues el mismo fue firmado de forma libre, sin presiones. Señala que el fondo privado no coaccionó a la actora para que lo hiciera, sino que esta decisión bien habló por su cuenta, sin restricción alguna por parte del promotor.

Argumenta que el deber de información exigido para el año 2003 quedó debidamente acreditado con la firma del formulario de afiliación y no se debe dejar de lado aquella manifestación que hace la Corte Suprema de Justicia, al indicar que cada caso se debe estudiar de forma particular. Solicita al honorable Tribunal estudiar de forma particular el caso, teniendo en cuenta que la demandante no tenía expectativa legítima de pensionarse con Colpensiones, teniendo en cuenta que no es beneficiaria del régimen de transición y, además, para el año 2003 la demandante no haya recibido una asesoría adecuada por parte del fondo privado con respecto a las características de cada régimen pensional, esto es, si se vio saneado con el paso del tiempo, porque la demandante estuvo en el RAIS durante aproximadamente 25 años, antes de estar inmersa en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 del 2003, luego dice, si tuvo tiempo de sobra para preocuparse por algo tan importante como es su futuro pensional o para enterarse que Colpensiones pasa a ser la administradora del régimen de prima media, pues, se liquidó el ISS.

Señala que no es posible retrotraer los efectos de un negocio jurídico en el que la demandante fue parte sin ninguna presión y que fue abiertamente reconocido, y la cual no se interesó, faltando en sus obligaciones que estaba en el deber de cumplir, por lo que estaban firmando era una administración de sus aportes pensionales. Expresa que no es merecido culpar únicamente a las administradoras de pensiones de una negligencia en la que también ellos fueron parte y, mucho menos, a Colpensiones, que es un tercero completamente ajeno a dicho negocio jurídico, que últimamente responda.

Revela que aun cuando la AFP regrese todos los valores provenientes de la cuenta de ahorro individual se ve afectado el principio de sostenibilidad financiera, una vez la administradora colombiana de pensiones tenga que reconocer futuras pensiones. Por lo tanto, si es dable aplicar aquella prohibición que reza el artículo 2 de la Ley 797 del 2003.

Por ultimo manifiesta que, si bien es cierto, Colpensiones desconoce el número de semanas cotizados por la demandante, la demandante en prácticas de interrogatorio de parte, indicó que tenía 1700 semanas y una edad de 59 años, por lo que solicita al despacho o al honorable Tribunal que se tenga en cuenta la sentencia SL 373 del 2021, teniendo en cuenta que, la pensión del Fondo privado se alcanza con 1150 semanas y la edad de 57 años, y se tiene o se parte de la premisa que la demandante ya consolidó su status pensional, faltaría un mero trámite para el goce de su prestación.

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 **Vilma Maryory Briceño Castellanos** el día 25 de junio de 2003; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir S.A. 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 el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir el 25 de junio de 2003 (fl.1 “anexos demanda” pag 5),

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, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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 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 no contesto la demanda.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 25 de junio de 2003, 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 25 de junio de 2003, la demandante tenía 880 semanas (fl.1 "anexos demanda" pag 13), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 10 de septiembre de 1961 – fl.1 "anexos demanda" pag 3) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2018 (Actualmente ha cotizado más de 1720 semanas fl.1 "anexos demanda" pag 13), 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 y que para tener una mesada pensional 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 AFP Porvenir S.A.

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adocrinó: "Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias

utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Porvenir S.A.

Con relación a lo manifestado por la demandada Porvenir S.A., conforme a que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación.

Ahora bien, conforme el punto de apelación de las demandadas Colpensiones, en relación al que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...)Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Frente al argumento de la demandada Colpensiones, el cual indica que la demandante ya consolidó su status pensional y que faltaría un mero trámite para el goce de su prestación referenciando la sentencia SL 373 del 2021, se trae a colación de la citada sentencia lo siguiente:

(...)si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto (...)

La citada sentencia refiere al estatus jurídico de pensionado, al hecho consumado que en el presente caso, si bien la demandante cumple con los requisitos para solicitar su derecho de pensión, no se ha consolidado, pudiendo en este caso declararse la ineficacia de la afiliación.

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 la 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, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Vilma Maryory Briceño Castellanos** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A el 25 de junio de 2003.

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 las apelantes AFP Porvenir S.A., y Colpensiones, habrá lugar a condenarlas 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 18 de junio de 2021 por el juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A. 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.

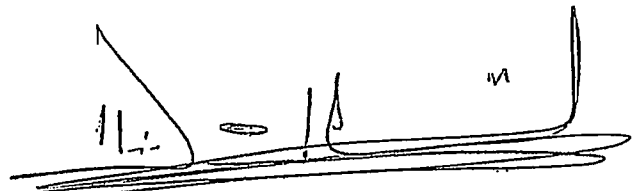
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502320200029501)



DAVID A. J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

(Rad. 11001310502320200029501)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502320200029501)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 03-2019-00265-01

Bogotá D.C., octubre veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: EDGAR ARTURO SOTO ROZO

DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
AFP COLFONDOS SA
COLPENSIONES

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir S.A., y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de julio 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 Michael Cortázar Camelo con tarjeta profesional No.289.256 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.193)

La parte demandante (fl.202) la parte demandada Porvenir S.A. (fl.198-200) y Colpensiones (fls.194-195) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 10 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Edgar Arturo Soto Rozo instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir S.A., AFP Colfondos S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativos

1. Se declare la existencia del vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación del demandante, a cargo de AFP Colfondos S.A.
2. Se declare como consecuencia la invalidez o ineficacia, o la nulidad del formulario de afiliación suscrito por el demandante, mediante el cual lo afilio al RAIS la AFP Colfondos S.A.
3. Se declare para efectos pensionales, que continúe afiliado el demandante al RPM administrado por Colpensiones, al que pertenecía antes.
4. Se declare para efectos pensionales, que AFP Porvenir S.A., debe realizar la devolución de los aportes al RPM hoy administrado por Colpensiones, al que pertenecía antes.
5. Se declare que Colpensiones reciba en calidad de afiliado al demandante, ya que es la encargada de administrar el RPM, régimen al cual pertenecía anteriormente.

Condenatorias

1. Se condene a AFP Colfondos S.A., obligándolo a efectuar nula, invalida, o ineficaz el acta o formulario de afiliación suscrito por el demandante, mediante el cual se trasladó al RAIS.
2. Se condene a Colpensiones a recibir en calidad de afiliado al señor demandante.
3. Se condene a AFP Porvenir S.A., a realizar la devolución de los aportes realizados por el demandante, a la administradora colombiana de pensiones, Colpensiones, quien hoy administra el RPM, de los aportes hechos por el demandante al RAIS.

4. Se condene sobre los demás derechos que resulten probados conforme las facultades ultra y extra petita.
5. Se condene al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda Porvenir (fl.127-144) Colfondos (fl. 185 medio magnetico) Colpensiones (fl 79-100) de acuerdo al auto del 15 de mayo de 2019. Se oponen a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 3 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 27 de julio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del demandante del RPM, administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones, al RAIS administrado en su momento por Colfondos S.A., realizado el 10 de mayo de 2000, así como los traslados horizontales, realizados con posterioridad, realizados de Colfondos S.A. a Horizonte S.A., realizado el 2 de marzo de 2002, y que sobrevino como consecuencia de la cesión entre Horizonte S.A. y Porvenir S.A., el 1° de enero de 2014. **CONDENÓ** a la AFP Porvenir, a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno. **ORDENÓ** a Colpensiones aceptar el traslado de los dineros que efectúe Porvenir S.A., para que proceda a activar la afiliación del demandante, como si nunca se hubiese traslado del RPM con prestación definida, así mismo actualice la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado. **DECLARÓ** no probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones. **CONDENÓ** en costas, incluidas las agencias en derecho por valor de un millón (\$1.000.000) de pesos mcte, a cargo de cada una de las demandadas. **ORDENÓ** remitir en grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Manifiesta que si bien es cierto la existencia de un precedente jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia, la misma corporación también ha indicado que dicho precedente no se puede aplicar de manera homogénea a todos los casos en donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación, pues claramente debe haber una similitud de las condiciones fácticas de cada caso, situación que para Porvenir no se da en el presente asunto, pues el señor Demandante realizó de manera válida su traslado de fondo pensional, el cual se dio de manera voluntaria, sin presiones y totalmente informado, todo esto de conformidad con la normatividad vigente para la fecha, que si bien, como se ha manifestado a lo largo de la pacífica jurisprudencia, el deber de información ha existido desde la misma creación de las AFP privadas, y el cual ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo, claramente, ha hecho más exigente este deber de información con el pasar de los años.

Señala que existía una obligación para las administradoras del sistema general de pensiones de entregar una información a quienes pretendían vincularse a ellas, la cual era una información necesaria, veras y suficiente, pero nada más. Por lo tanto, dice, no había una obligación de brindar asesoría más allá de la establecida por la ley, como tampoco se podía atribuir para ese momento el deber de un buen Consejo e incluso para desincentivar la afiliación del demandante, ni mucho menos para esa época, existía un deber de doble asesoría, tampoco existía la obligación de informar por escrito los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes, ni tampoco era exigible elaborar ningún tipo de proyecciones o simulaciones pensionales por escrito, y, por lo tanto, pues esos requerimientos surgieron con mucha posterioridad a la vinculación del demandante con PORVENIR.

Considera que en la sentencia de instancia no se realizó una debida interpretación a la norma aplicable, en la data que el demandante decidió realizar su traslado horizontal, pues en su momento histórico en el que el demandante ejerció su derecho a la libre elección, valga indicar que conforme a la Ley 100 de 1993 y el decreto 663 del mismo año, se determinaba que señalarse, características y acceso a los servicios del régimen, sobre todo enfocado en pedir una coacción en la escogencia de este.

Dice que en consecuencia es claro que el demandante, sí recibió esa información y no por otras razones, expresa que inclusive suscribió formulario de vinculación al fondo de pensiones voluntarias de BBVA Horizonte y, también manifestó claramente esas características como lo es la información del bono pensional, que inclusive llegó a ser consignada en su escrito de demanda.

Considera que el actuar de Porvenir siempre ha sido de buena fe objetiva, pues sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes para el momento del traslado entre administradores, cumpliendo, con esas cargas que estaban impuestas para

ese momento. Reitera que para las cargas de doble asesoría y del buen Consejo, fueron impuestas únicamente con disposición del Decreto 2555 del año 2010 y el Decreto 2071 del 2015, y más tarde con la Ley 1748 del mismo año.

Recuerda que el sistema de Seguridad Social en pensiones su finalidad es cubrir los riesgos de vejez, invalidez o muerte, para lo cual Puso a competir a dos alternativas que, a pesar de ser excluyentes entre sí, tienen unos beneficios que les son equiparables y en este sentido, el hecho de que no se hayan advertido posibles consecuencias que pudieran acarrear con la ocasión al traslado, no implica que se vea vulnerado el derecho a la información, y reitera que para dicha época no era posible determinar unas consecuencias y desventajas frente a un derecho pensional que ni siquiera se tenía certeza de consolidar.

Aclara que la inconformidad del demandante es con lo concerniente al valor de su mesada pensional, situación que no es suficiente para determinar la ineficacia del traslado, pues se reconoce que para dicha época no era posible determinar la mesada pensional, y tampoco la posibilidad de determinar si lograría cumplir con los requisitos previstos para ello en uno o en otro régimen.

Gastos de administración

Respecto de la condena a devolver conjuntamente los rendimientos y gastos de administración, expresa que se aparta respetuosamente de esta, dice que no resulta coherente que se aplique la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no, bajo el entendido de que las consecuencias de la aplicación de dicha figura es entender que el negocio jurídico nunca se realizó, entonces, claramente los frutos dados por la administración de los recursos del demandante por parte de Porvenir tampoco se generaron.

Aclara que por la solicitud de devolución de los rendimientos financieros obtenidos en el régimen de ahorro individual desborda los efectos de la ineficacia, dado que su consecuencia jurídica es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, tal como lo manifestó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC 3201 del año 2018 y en tal medida, pues los rendimientos financieros, al ser privativos del régimen de ahorro individual, pondrían al demandante en una condición diferente a la que se encontraría de continuar en el régimen de prima media. Manifiesta que, la devolución de los rendimientos financieros, gastos de administración y demás gastos, dejaría al demandante en una situación más favorable que la que tendría de haber permanecido en el régimen de prima media, dado que recibiría dinero que no se generan en este régimen pensional, en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

Refiere que ha expuesto la Superintendencia Financiera que mientras en el régimen de prima media, las prestaciones se obtienen en condiciones taxativamente regladas por la ley, Por su parte, en el régimen de ahorro individual los afiliados reciben sus prestaciones

de acuerdo con el valor ahorrado en sus cuentas de ahorro individual. Asimismo, para esta Superintendencia, lo que tiene que ver puntualmente con el traslado de estos recursos, debe efectuarse de conformidad con el artículo séptimo del Decreto 3995 del año 2008, disposición que debe aplicarse en los casos que sea necesario efectuar el traslado de recursos, lo que desde luego incluye las restituciones que debe hacerse cuando se ordene la nulidad, en este caso del traslado.

Considera que, existiendo una norma que regula tal situación, no se ve razón atendible para apartarse de esta e incluir conceptos que Porvenir ya no posee, en la medida de que dichas sumas ya han sido entregadas a las aseguradoras correspondientes.

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

Se aparta de la decisión manifestando que primero, por cuanto al análisis que se hizo frente al interrogatorio de parte; las consideraciones el despacho señala que lo único que rescata es que el demandante no recuerda haber solicitado una proyección ante Colpensiones, sin embargo, señala que ellos analizan el interrogatorio de parte en su totalidad, y encuentran que el señor Edgar Arturo Soto Rozo, también incurre en varias contradicciones en lo que respecta a lo que se manifestó en su momento de las asesorías brindadas por los fondos versus, lo que señaló en audiencia. En primer lugar, señala no tener conocimiento del bono pensional, sin embargo, en los fundamentos fácticos de la demanda más que todo en el hecho noveno tal como lo señaló el apoderado de la AFP Porvenir, en su momento, se hace alusión a todo lo contrario.

Expresa que cuando se le preguntó al demandante si efectuó aportes voluntarios, él, de manera tajante, responde que no. Sin embargo, nuevamente, mediante exhibición de documentos, se demuestra que el demandante había suscrito formulario para efectuar tales aportes, circunstancias que no fueron tenidas en cuenta y que solicita al honorable Tribunal analizarlas al momento de proferir la sentencia que desate este recurso de apelación por cuánto el interrogatorio de parte, no se puede concluir de manera tajante que no se presentó una información, cuando es claro que el demandante tampoco tiene certeza de qué fue lo que se le informó en su momento durante las asesorías y así quedó debidamente demostrado durante el interrogatorio de parte.

Señala como segundo punto de apelación, que por el hecho de que no se haya allegado el formulario de afiliación con la AFP Colfondos, no es óbice para señalar que es ineficaz la afiliación efectuada por el demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Expresa que más aún cuando en el interrogatorio de partes, si se tiene en cuenta lo manifestado por el señor Edgar Arturo Soto Rozo, se ve que él hace manifestaciones con respecto a la asesoría que brindó en su momento el fondo Colfondos, circunstancia que demuestra que hubo una asesoría respecto a las características del régimen de ahorro

individual con solidaridad que no pueden, no tenerse en cuenta al momento de proferir la sentencia frente a este proceso.

Como punto tercero se refiere en lo que respecta a la afectación del sistema del principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues si bien esta podrá conocer los fallos emitidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Laboral frente a este asunto, también es importante señalar que la Corte Suprema de Justicia, en su sala de casación laboral, no se ha pronunciado al respecto, y esta circunstancia sentencia no la podemos desconocer por cuanto esta falta de pronunciamiento no se puede analizar, bajo el entendido que no se presenta ningún tipo de afectación, si bien señala que se van a devolver todos los recursos que fueron cotizados en el régimen de ahorro individual con solidaridad, sin efectuar ningún tipo de descuento. Expresa que no se puede concluir en que no se va a entrar a afectar el sistema, o el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que en lo que respecta al régimen de prima media administra Colpensiones, esto por cuanto son sistemas que se financian diferente y es, por lo tanto, que existen dos sistemas pensionales con características completamente ajenas entre sí. Razón por la cual, por el hecho de que se devuelvan esos aportes, no significa que vayan a contribuir a la pensión del demandante.

Señala que inclusive en la parte que lee el despacho, en las consideraciones, señala que si bien al devolverse los aportes debidamente o sin efectuar descuento alguno, pues esto genera que no se afecte la garantía pensional de quienes ya están cerca adquirir el status pensional, pero no es una precisión con respecto a la situación específica del demandante quien efectuó su traslado para el año 2000, es decir, ha durado más de 20 años, sin que se tenga el demandante dentro de los cálculos que efectúa Colpensiones, frente a mirar al futuro, cuáles son las mesadas pensionales, y se pregunta, qué pasaría con esas cotizaciones que entran a sufragar la prestación pensional que busca el demandante, le reconozca Colpensiones. Expresa que es ahí en donde es importante señalar, y es por eso que se cita en sentencias de la Corte Constitucional que si bien tiene fundamentos fácticos diferentes, conducen a una misma línea y es proteger el sistema pensional en lo que respecta al régimen que administra Colpensiones.

Como cuarto y último argumento se refiere a las costas y agencias en derecho, señala que en el Tribunal Superior del distrito judicial Sala laboral, también se ha absuelto de condena en costas dentro de los dos siguientes procesos: dentro del proceso de este mismo despacho con radicado 2019 - 345, con fecha de fallo 30 de junio de la presente anualidad, o el proceso que también conoció este despacho con radicado 2019 - 417, con fecha de sentencia el 30 de abril de la presente anualidad, lo que señala que no existe un pronunciamiento analógico en lo que respecta a las costas y agencias en derecho, por lo que, tal como conoce el despacho, dice que siempre van a objetar la condena en costas al respecto, más aún cuando es claro que lo que hizo Colpensiones durante todo el trámite del proceso fue validar la normatividad aplicable al caso en la cual señala que quien se encuentre a menos de 10 años de obtener la pensión no puede efectuar ningún tipo de

traslado, circunstancia en la cual se encuentra inmerso el demandante, y no por entrar Colpensiones entonces a no generar oposiciones en los procesos, tendría que entrar a desconocer la normatividad aplicable al caso, más aún cuando estamos frente a procesos que rigen o que nos regimos en este sistema colombiano por el principio de legalidad.

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 AFP Colfondos SA efectuado por el(la) señor(a) **Edgar Arturo Soto Rozo** el día 10 de mayo de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir S.A. y AFP Colfondos SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente 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 10 de mayo de 2000 con efectividad a partir del 1 de julio de 2000 y posteriormente solicito trasladarse a la AFP Horizonte, hoy AFP Porvenir S.A. el día 2 de agosto de 2002 con efectividad a partir del 1 de octubre de 2000(fl.154)

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 adocrinado, 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 el fondo demandado Colpensiones, en la contestación de la demanda, aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir S.A. aportó formulario de afiliación, afiliación a pensiones voluntarias, consulta viabilidad SIAFP, historial de vinculaciones SIAFP, relación histórica de movimientos Porvenir, historia laboral consolidada, certificado de afiliación a Porvenir, consulta historia laboral OBP, comunicado de prensa. AFP Colfondos S.A. aportó certificado de existencia y representación legal y documentos de identificación del apoderado.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 10 de mayo 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 10 de mayo de 2000, el(la) demandante tenía 709 semanas (fl 160) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 1 de junio de 1960 – fl 12) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo se podría pensionar en el RPM en el año

2022 (Actualmente ha cotizado más de 1.412, semanas - fl 160), 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 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 Porvenir S.A. ni la AFP Colfondos S.A.

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: “Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Porvenir S.A.

Ahora bien, conforme el punto de apelación de la demandada sobre el cumplimiento del deber de información sustentado en la declaración de parte de la actora se trae a colación la sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto. (...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión (...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los

archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento(...)"

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen el deber de suministrar una información veraz y completa para cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

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, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Edgar Arturo Sto Rozo** de Colpensiones a la AFP Porvenir el 10 de mayo de 2000.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

El apoderado de la parte demandada Colpensiones, presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia mencionando que el Tribunal Superior del distrito judicial Sala laboral, también se ha absuelto de condena en costas dentro de los procesos de radicado 2019-345 y 2019-417.

La Sala debe precisar, la imposición de costas no es automática, debe demostrarse su causación, las etapas procesales y los argumentos del *A Quo* que lo llevan a tomar la determinación de fijar las costas, numeral 8 del art 365 C.G.P. *“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron, y en la medida de su comprobación”*

Así bien, frente a las costas del proceso el *A Quo* sustentó condenar en costas a cada una de las demandantes porque considero que se causaron, por lo anterior no se encuentra contradicción alguna con la normativa del Código General del Proceso.

En consecuencia se despacha desfavorablemente la súplica del recurrente.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las 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

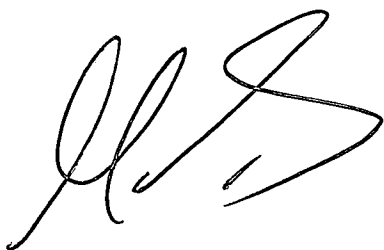
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de julio de 2021 por el juzgado 3 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A., 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.

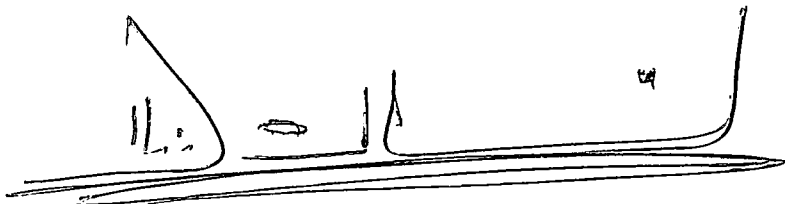
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500320190026501)



DAVID A. J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

(Rad. 11001310500320190026501)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500320190026501)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 08-2019-00122-01

Bogotá D.C., octubre veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: GUILLERMO PINZON GAITAN

DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
AFP PROTECCION SA
AFP OLD MUTUAL SA
COLPENSIONES

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Skandia S.A. y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de julio 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.221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.213)

La parte demandada Skandia S.A. (fl.194-195) Porvenir S.A. (fl.204-208) Colpensiones (fls.210-212) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Guillermo Pinzon Gaitan instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Protección S.A., AFP Porvenir SA, AFP Old Mutual S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad de la vinculación del demandante a la AFP Skandia S.A., la AFP Protección S.A., y la AFP Porvenir S.A., toda vez que en la misma medio vicio del consentimiento, al no habersele puesto de manifiesta al demandante, por parte del fondo, sobre las reales consecuencias que acarrearía el traslado de régimen pensional.
2. Se declare la afiliación permanente del demandante al ISS hoy Colpensiones, sin solución de continuidad por todo el tiempo de cotización al sistema general de pensiones.
3. Se declare que al demandante le asiste el derecho a continuar en el RPM
4. Se declare que el demandante cumple con los requisitos para ser beneficiario del reconocimiento y pago de una pensión de vejez, bajo los parámetros del RPM definidas hoy por Colpensiones, a partir del 01 de septiembre de 2018 en una cuantía como mínimo de \$3.693.533.
5. Se condene a AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones los saldos debidamente actualizados de la cuenta de ahorro individual que tiene el demandante en dicho fondo, con sus respectivos rendimientos financieros.
6. Se condene a Colpensiones a recibir el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexada con los rendimientos financieros, que hagan los fondos de pensión a los cuales estuvo afiliado el demandante.
7. Se condene a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante, su pensión de vejez, a partir del 1 de septiembre de 2018, fecha en que completo los requisitos de semanas y edad para adquirir su pensión de vejez en cuantía como mínimo de \$3.693.533.

8. Se condene a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante los intereses moratorios por el no pago oportuno de sus mesadas pensionales completas según lo establecido en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.
9. Se condene a lo que ultra y extra petita resulte debatido y probado en el proceso.
10. Se condene a las demandadas en costas y agencias en derecho.
11. En caso de no ser reconocidos los intereses moratorios de manera subsidiaria se reconozca la indexación.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda Colpensiones (fl 79-87) AFP Porvenir S.A. (fls 107-126), AFP Skandia SA (fl 135-145) y AFP Protección S.A. (fl 148-160) de acuerdo al auto del 25 de abril de 2019. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de fondo y de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 2 de julio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del señor Guillermo Pinzon Gaitan realizado del RPM al RAIS acaecido el 16 de enero de 1996, mediante afiliación a Porvenir S.A. **CONDENÓ** a Colpensiones admitir el traslado del régimen pensional del demandante. **CONDENÓ** a Skandia S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del señor Guillermo Pinzon Gaitan como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e 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 todos los valores que devuelva Skandia, que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor. **CONDENÓ** a Colpensiones a que una vez se materialice el traslado de régimen ordenado en virtud de la ineficacia de traslado referida en precedencia, y se acredite el retiro del sistema por parte del demandante, proceda de forma inmediata de ser el caso, a reconocer y pagar la pensión de vejez en favor del demandante, conforme lo dispuesto en la ley 797 de 2003. **ABSOLVIÓ** a las demandadas Porvenir y Protección de las pretensiones incoadas en su contra. **NO CONDENÓ** en costas y **ORDENÓ** remitir en grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Indica como primer punto de inconformidad el aspecto donde se negó la pretensión del reconocimiento de la pensión de vejez al demandante.

Expresa su desacuerdo que en la parte motiva y resolutive, no se condenará al reconocimiento de la pensión de vejez al demandante, teniendo como fundamento principal que obra dentro del plenario la historia laboral del mismo, donde no se acredita el retiro del sistema y que por tal se encuentra todavía realizando aportes, y no se puede así definir, hasta cuándo el demandante tiene derecho a la pensión de vejez.

Señala que con el agotamiento de la vía Gubernativa que presentaba este, para el reconocimiento de lo aquí pretendido, se estableció que solicitó también el reconocimiento de la pensión de vejez en dicha data y ante ese aspecto, entonces, queda claro que existió una solicitud tendiente al reconocimiento de la pensión de vejez; debiéndose analizar así el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas cotizadas para poderse pensionar.

Manifiesta que quedó claro que los 62 años de edad del demandante se verificaron en este proceso el día 16 de agosto del año 2018, cuando arribó a los 62 años de edad, también se presentó que el demandante completó un total de 1521 semanas.

Expresa que con base en lo anterior y haciendo análisis de las normas que regulan el tema de la pensión de vejez, artículo 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, queda claro según su parecer, que se cumplen y satisfacen los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez al demandante, y no se puede realizar una nueva solicitud de pensión de vejez, cuando acredite el retiro del sistema de pensiones o del servicio público, si está laborando entidad pública, porque se cumplieron los requisitos de ley para poderse pensionar.

Dice que se confunde por parte de la señora Juez el tema del reconocimiento y causación de la pensión; menciona que son dos aspectos diferentes, que el reconocimiento se causa cuando se ha cumplido edad y semanas, para poderse pensionar, en el sistema de prima media que administra Colpensiones y la causación se verifica una vez, se acredite el retiro del servicio si se trata de servidor público.

Solicita por haberse cumplido los requisitos de ley y haberse solicitado con anterioridad, mediante agotamiento de vida gubernativa, a Colpensiones, el reconocimiento de la pensión y que sea modificada la sentencia, con el fin de que sea reconocida la pensión de vejez al demandante, sometida así la causación de la misma a la desvinculación del servicio

de entidad pública o el pago o el retiro del sistema general de pensiones debiéndose liquidar hasta la última semana efectivamente cotizada.

Como segundo punto de inconformidad, señala que está en desacuerdo con la absolución a las entidades codemandadas del pago de la condena en costas y agencias en derecho.

Advierte que existe un criterio objetivo, en el Código General del proceso, el artículo 365 del Código General del proceso esta normatividad advierte que será condenado en costas a la parte vencida en la sentencia o en el recurso de apelación o reposición; Dice que no hace miramientos en aspectos subjetivos, y pide tener en cuenta que cada una de las entidades codemandadas en el proceso: Protección, Colpensiones, Old Mutual, se resistieron al proceso en las contestaciones de la demanda todas se opusieron a la austeridad de las pretensiones incoadas por el demandante en su escrito genitor, y que por tanto al haber sido vencida en juicio y con base en el artículo 365 de la citada normatividad objetiva, dice que queda claro que procede entonces la condena en costas y agencias en derecho a cada una de las entidades coaccionada.

La parte demandada (AFP Skandia S.A.) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Menciona que en los términos expuestos en el artículo 20 de la Ley 100 del 93, la tasa de cotización es del 13.5% del ingreso base de cotización, en el régimen de ahorro individual con solidaridad ese 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas de ahorro individual un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguro de FOGAFIN y las primas de reaseguros de seguros de invalidez y sobrevivientes.

Refiere el concepto de la Superintendencia financiera, Identificado con radicado 2019-152-169-003-000 de fecha del 15 de enero de 2020, que consideró que al decretarse la nulidad de ineficacia de la filiación, procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, que incluye lo correspondiente a los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos efectuado por la administradora, así como los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y sus respectivos rendimientos.

De lo anterior concluye el apoderado que no existe sustento legal alguno para ordenar trasladar al régimen de prima media el porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguro FOGAFIN y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes; concluyendo que no es posible reintegrar las sumas descontadas por conceptos de la Comisión de Administración, dado que éstas se destinan una parte a pagar

estas pólizas y el cubrimiento de los seguros de invalidez, y muerte, y por otra parte, para sufragar los gastos de administración y de ahí que parte del mencionado porcentaje ya fue pagado a las aseguradoras para cubrir estos tipos de riesgos.

Igualmente dice que no sería posible reintegrar el porcentaje descontado por Comisión de Administración, teniendo presente que dichos recursos eran utilizados en la administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, siendo ahora ineficaz el traslado, debería devolver antes los mismos, como lo ha indicado la Superintendencia financiera a través del Precitado concepto.

Finaliza solicitando al Tribunal Superior, Sala laboral, se modifique la sentencia en cuanto a que absuelva a Skandia a pagar los gastos de administración y demás emolumentos.

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

Solicita la adición de la sentencia de instancia para que se haga extensiva a Protección y a Porvenir la condena relacionada con el traslado a Colpensiones de los gastos de administración, por cuanto dice que está demostrado en el proceso que junto a Skandia, Protección y Porvenir también, durante algún tiempo, realizaron la administración de la cuenta pensional del demandante y durante ese tiempo, además de administrar la cuenta, realizaron descuentos periódicos por conceptos de gastos de administración.

Dice que, independientemente que en Porvenir y en Protección, la cuenta pensional del demandante figure inactiva y con saldo en cero por los traslados horizontales y que, finalmente, conllevaron a que sea SKANDIA quien tenga el manejo de la cuenta pensional del demandante, expresa que con ocasión a la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional, quedaron sin validez ninguna de las vinculaciones del demandante a fondos del régimen de ahorro individual y que en ese sentido, también considera Colpensiones, debe hacerse extensiva la condena a Protección y a Porvenir de trasladar los gastos de administración descontados durante el período que realizaron el manejo de la cuenta pensional del demandante.

Considera que para efectos del cabal cumplimiento de la sentencia debía especificarse que junto con los gastos de administración debía haberse trasladado los conceptos descontados por el Fondo de Garantía de pensión mínima y los gastos efectuados a seguros previsionales de invalidez y muerte. Esto por cuanto aun cuando la ley 100 indica que dentro del concepto de gastos de administración está la cuota de administración a la que tiene derecho el fondo de pensiones y los gastos de seguros previsionales, se presentan inconsistencias e inconvenientes para el trámite administrativo de cumplimientos de sentencias en estos aspectos.

Finalmente solicita a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá se haga la adición mencionada para efectos de dar un cumplimiento estricto a los fallos judiciales.

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) **Guillermo Pinzon Gaitan** el día 16 de enero de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y AFP Skandia SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado al RPM; **3.** Si el demandante tiene derecho o no al reconocimiento pensional.

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 16 de enero de 1996 con efectividad a partir del 1 de enero de 1996(fl.127), posteriormente solicito trasladarse a la AFP ING hoy AFP Protección S.A. el día 16 de abril de 2004, con efectividad a partir del 1 de marzo de 2001 (fl.127). Después solicito trasladarse nuevamente a la AFP Porvenir S.A. el día 30 de noviembre del año 2001 (fl.127), y finalmente solicito trasladarse a AFP Skandia S.A el 15 de mayo de 2008 (fl.26)

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 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 el fondo demandado Colpensiones, en la contestación de la demanda, aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir S.A. aportó Historial SIAFP, formulario afiliación del 1996, formulario de afiliación de 2001, artículo diario El Tiempo de 14 enero 2014, y copia respuesta emitida a derecho de petición el 19 de diciembre de 2018. AFP Skandia S.A. aportó formulario afiliación, historia laboral consolidada, estado de cuenta, bono pensional, copia derecho de petición y respuesta. AFP Protección S.A. aportó captura pantalla AS400, movimiento cuenta de ahorro con rendimientos, certificado asofondos SIAFP, formulario afiliación, respuesta a derecho de petición 20 diciembre de 2018, políticas de asesoramiento, concepto de la Superfinanciera del 29 de diciembre de 2015, comunicado de prensa año de gracia.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 16 de enero 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 16 de enero de 1996, el(la) demandante tenía 293,57 semanas (fl 178) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 38 años (nació el 6 de julio de 1955 – fl 14) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo se habría pensionado en el RPM en el año 2017 (Actualmente ha cotizado más de 1.583,57 semanas - fl 178), 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 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 Protección S.A. ni la AFP Porvenir SA, ni AFP Old Mutual S.A.

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

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Skandia S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adocrinó: “Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Skandia 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 del señor Guillermo Pinzon Gaitan 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 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, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Guillermo Pinzon Gaitan** de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL a la AFP Porvenir el 16 de enero de 1996, 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.

RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ:

Ahora bien, el demandante apela que el Juez de instancia no condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a su favor, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. Porque no se acredita el retiro del sistema.

Teniendo en cuenta lo anterior, es del caso resaltar que, solo será objeto de estudio por parte de la accionada Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente

sentencia, y se tenga la totalidad de datos y dinero del demandante en el régimen de prima media. Esto quiere decir que Colpensiones solo podrá proceder a estudiar el reconocimiento pensional, una vez ingresen los aportes y demás adehalas que se establecen con el presente fallo, el cual es objeto de cumplimiento una vez quede ejecutoriado.

Lo anterior, como quiera que si bien dentro del RPM es menester exigir para el reconocimiento de cualquier prestación el retiro del sistema previamente por parte del afiliado, lo mismo ocurre en el caso bajo estudio, pues es indispensable que los aportes de la afiliada se encuentren debidamente reflejados en el reporte de historia laboral dentro del régimen de prima media, a efectos que Colpensiones pueda analizar su situación particular con datos concretos, y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra el demandante.

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 PRIMERA INSTANCIA:

El apoderado de la parte demandante presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia citando el Código General del Proceso según el cual se debe condenar en costas a las demandadas. Manifiesta el apoderado de la parte actora que se está frente a un proceso litigioso en donde las demandadas han sido vencidas.

La Sala debe precisar, la imposición de costas no es automática, debe demostrarse su causación, las etapas procesales y los argumentos del *A Quo* que lo llevan a tomar la determinación de no fijar costas, numeral 5 del art 365 C.G.P. “En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”

Así bien, frente a las costas del proceso el *A Quo* sustentó no condenar en costas a las demandantes porque considero que no se causaron, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su

comprobación, por lo anterior no se encuentra contradicción alguna con la normativa del Código General del Proceso.

En consecuencia se despacha desfavorablemente la súplica del recurrente.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

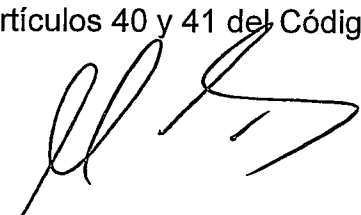
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de julio de 2021 por el juzgado 8 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 AFP Protección S.A y AFP Porvenir S.A. 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.

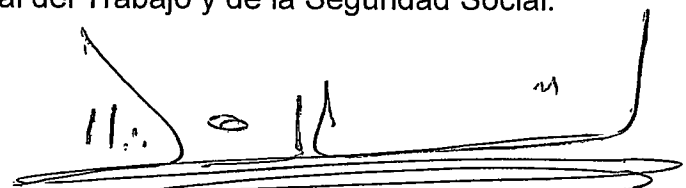
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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. 11001310500820190012201)


DAVID A. J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

(Rad. 11001310500820190012201)


ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500820190012201)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 17-2019-00682-01

DEMANDANTE: ANTONIO SALGADO CASANOVA
DEMANDADO: COLPENSIONES
ASUNTO : CONSULTA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el grado jurisdiccional de Consulta de la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de julio 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 (Fls. 5 a 8 expediente físico) presentó alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 10 de agosto de 2021 por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor Antonio Salgado Casanova instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor conforme se observa a folio 2 del expediente digital con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare que el demandante cotizó por concepto de pensión 1.516 semanas
2. Que se declare que la tasa equivalente de remplazo para reliquidar la pensión del demandante corresponde al 73.52%

3. Que se declare que el demandante desarrolló actividades que siempre implicaron exposición a radiaciones ionizantes durante el tiempo que laboró para la clínica San Rafael y el Hospital San Blas de Bogotá D.C
4. Que se declare que en el IBL del demandante deben tenerse en cuenta todos los ciclos adicionales de alto riesgo bajo los cuales laboró.
5. Que se declare que el demandante causó su derecho pensional el 30 de septiembre de 2016.
6. Que se declare que la prestación debe reliquidarse a partir del 1 de octubre de 2018.

Condenatorias

1. Que se condene a Colpensiones a reliquidar la pensión del demandante con base en 1.516 semanas cotizadas por concepto de pensión
2. Que se condene a Colpensiones a reliquidar la pensión del demandante teniendo como base la tasa equivalente de reemplazo correspondiente al 73.52%
3. Que se condene a Colpensiones a reliquidar la pensión del demandante teniendo en cuenta los ciclos de exposición radiaciones ionizantes durante el tiempo que laboró para la clínica San Rafael y el hospital San Blas de Bogotá D.C
4. Que se condene a Colpensiones a reliquidar la pensión del demandante teniendo en cuenta que el IBL deben considerarse todos los ciclos adicionales de alto riesgo bajo los cuales laboró.
5. Que se condene a Colpensiones a reliquidar la prestación a partir del 01 de octubre de 2018.
6. Que se condene a Colpensiones, a reajustar el valor de las mesadas pensionales ya canceladas teniendo en cuenta el tiempo real laborado, todos los ciclos adicionales de alto riesgo, la nueva tasa equivalente de reemplazo y el verdadero IBL
7. Que se condene en costas a la demandada.

La accionada contestó la demanda en término según auto de noviembre de 2019 (fls.46 expediente digital), Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito entre ellas la de prescripción.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 17 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 26 de julio de 2021, **DECLARÓ** probadas las excepciones de Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la demandada Colpensiones, **ABSOLVIÓ** a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor Antonio Salgado Casanova, identificado con cédula de ciudadanía 79.409.982, según las razones señaladas. **CONDENÓ** en costas al demandante. Incluyendo agencias en derecho por valor de \$250.000 M/Cte.

En síntesis, el A quo valoró si era cierto lo dicho por la parte demandante, que la demandada no tuvo en cuenta el total de las semanas cotizadas, y que solo le reconoció lo cotizado por la E.S.E del hospital la Samaritana es decir solo 1501 semanas, habiendo tenido 1516 semanas, por cuanto el accionante solicita se re liquide su pensión, además que se le aplique una mejor tasa de remplazo un IBL 73.52%, por encima de la reconocida por la entidad 68.76%, para ello en primera medida el juzgador de primera instancia manifiesta que no incluye dentro de su decisión el estudio que hizo el equipo liquidador de la rama judicial, toda vez que se tuvo en cuenta para dicho estudio los datos suministrados en la presentación de la demanda y cuyos resultados no era favorables para la parte demandante ya que no era cierto que al demandante solo se le reconocieron 1501 semanas, por el contrario a simple vista es claro conforme a los documentos obrantes en el expediente que el número total de días considerados por la entidad fueron 1588 semanas, muy superior a las reclamadas y fue de forma acertada la aplicación de la ley para el caso particular del actor.

Se dejó claro que se tuvo en cuenta la aplicación del Decreto 2090 de 2003 art 4, condiciones y requisitos para tener derechos a la pensión de vejez, el art 5 para el monto de cotización especial para las actividades de alto riesgo, y que se hizo necesario advertir que no habría razón alguna para acoger los argumentos expuestos por la parte actora por cuanto presentó alegatos muy diferentes a los expuestos con la presentación de la demanda, que el demandante tampoco hizo alusión al acuerdo 049 y que las normas como sustento normativo fueron diferentes a las argumentadas, no obstante se analizaron las normas y los argumentos de la parte actora para la mejora de la mesada, pero las mismas fueron desestimadas,

por cuanto no fue acorde con aplicación de la ley y al contrario la entidad demandada reconoció un número superior al tiempo reclamado de acuerdo a la pretensiones expuestas en la presentación de la demanda, se declaró probadas las excepciones de Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la demandada Colpensiones.

CONSULTA

En atención a que la sentencia no fue apelada pero fue adversa a la parte Demandante, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* a favor de ésta de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: Si es procedente la reliquidación de la pensión reconocida al demandante, tomando el IBL de los últimos 10 años de cotización.

STATUS DE PENSIONADO:

Sea lo primero indicar que al señor Antonio Salgado Casanova, le fue reconocida pensión de vejez alto riesgo de acuerdo con la resolución SUB 255993 expedida el 27 septiembre de 2018 de acuerdo con las documentales folio 7 a 13, y que mediante resolución DIR 8712 del 07 de mayo de 2018 se le reconoce la prestación pensional por actividad de alto riesgo.

Que mediante resolución DIR 20932 del 30 de noviembre de 2018 se procedió a reconocer y re liquidar la prestación reconocida, por 2'950.675 como resultado del valor de la mesada pensional.

Que de conformidad con lo anterior Colpensiones tomó en cuenta que el demandante cumple con los requisitos del Decreto 2090 de 2003, con fecha de efectividad desde el 01 de octubre de 2018.

RE-LIQUIDACION IBL:

La reliquidación de la pensión consiste en volver a liquidar el monto o valor de la pensión para incluir factores o conceptos salariales que no fueron tenidos en cuenta, con lo que se incrementa el IBL, lo que inmediatamente incrementa la mesada pensional.

En tal situación, quien reclama la reliquidación de la pensión debe probar cuáles fueron los factores que no le fueron tenidos en cuenta en la liquidación inicial, y por supuesto debe demostrar qué pagos o valores eran procedentes legalmente, es decir, que hacen parte de la base para liquidar la pensión y por lo mismo represente un monto final más favorable para el pensionado.

Respecto del IBL, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 dispone que ingreso base para liquidar las pensiones debe entenderse como el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Agrega que, cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.

Ahora bien, sea esta la oportunidad para resaltar la importancia del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia "El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente

ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Como también es importante traer a colación la sentencia SL3952-2020 con radicación 72716 donde la Corte Suprema de Justicia reiteró lo dicho en sentencia SL 8544-2016, donde se aclara que "...al ser la pensión de vejez una obligación de tracto sucesivo, era posible solicitar la revisión de la prestación, cuando la base empleada para su liquidación no se ajustara a las previsiones legales o extralegales"

En el presente caso, se tiene acreditado que la prestación fue reconocida con fundamento en 1.588 semanas y no menor a esta, lo cual, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, permite conformar el Ingreso Base de Liquidación bien con el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó en los últimos 10 años, o con el promedio de toda la vida laboral, escogiendo el más favorable, pues como se indicó en la norma en cita, se puede hacer el estudio comparativo, en el evento en que el afiliado haya cotizado más de 1250 semanas, sin embargo, en el presente asunto, de conformidad con las pretensiones de la demanda, no se procede hacer un nuevo cálculo tomando el promedio de los últimos 10 años de cotización por las razones expuestas en la primera instancia en la medida que la demanda no fue sustentada acorde a la realidad del actor, pues como quedó visto no hay lugar a pagar diferencias de retroactivo pensional que estén a su favor toda vez que el tiempo reconocido por la entidad fue superior al reclamado y al hacer el cálculo con el tiempo reclamado por el actor arrojaría una cifra inferior, por cuanto las pretensiones fueron agotadas mediante resolución DIR 20932 por la misma entidad.

Es claro que lo pretendido en el libelo, va en perjuicio de los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

Por lo anterior la Sala **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 DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de julio de 2021 por el Juzgado 17º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

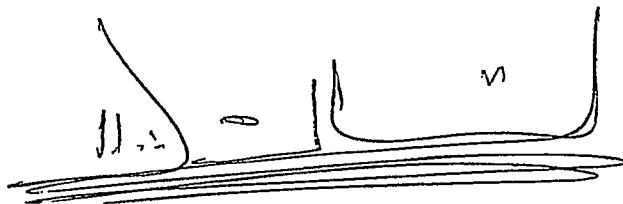
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501720190068201)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 1001310501720190068201)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 1001310501720190068201)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación 30-2018-00157-01

Bogotá D.C., Octubre Veintinueve (29) de dos mil Veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **MARTHA INES SANDOVAL SANCHEZ**
DEMANDADO: **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE
BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA**

ASUNTO : **APELACION (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 30° Laboral del Circuito de Bogotá el día 01 de Junio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA INES SANDOVAL SANCHEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE CUNDINAMARCA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fls. 1 a 194)

1. Que se revoque la fecha de estructuración y porcentaje de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca,
2. Que se fije como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral el 02 de julio de 2002

3. Que se fije como porcentaje de pérdida de capacidad laboral de Martha Inés Sandoval Sánchez el 80.50%

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda (fls. 267 y 268) el Abogado Martín Adolfo Figueroa, actuando como auxiliar de la justicia y en condición de Curador Ad Litem, en favor de la demandada **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA.**

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 2° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 01 de junio de 2021 **NEGÓ** las pretensiones de la demanda en su totalidad **COSTAS** a cargo de la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Solicita el apoderado que se revise por el tribunal la fecha de estructuración, teniendo en cuenta que si bien en el año 2009 como en el 2014 se presentaron epicrisis respecto de las cuales se evidencian los trastornos que viene presentando de manera histórica y crónica la demandante no es claro y no se encuentra demostrado que fuera únicamente a partir desde el año 2014 en esa epicrisis la que determinara el punto de inflexión y configurara la pérdida de capacidad laboral hasta el 50% , ya que en el año 2002 y en la internación de la paciente en ese año, se evidencian síntomas igual de graves que demuestran que la pérdida de capacidad ya estaba estructurada desde ese año 2002, que el origen de esas epicrisis se basa en lo señalado en el folio 38 del expediente en un periodo de 15 días de evolución, actuaciones violentas, le pegó a su padre, tenía episodios de insomnio y violencia verbal contra sus familiares, tenía delirio de persecución y tenía discursos incoherentes con ansiedad, entre otros, por lo anterior no se evidencia alguna motivación que determine por qué pese a los síntomas del 2002 ya eran recurrentes y fueron los mismos que se dieron en el año 2014, por qué la fecha de estructuración emitida por la junta del 2014 si sería la que superó el porcentaje de capacidad, siendo que se tiene prueba documental que para el año 2002 los síntomas fueron los mismos que permitieron, para que en el año 2014 se tuvieran

en cuenta, dice que se debe tener esa como fecha de estructuración, desde el año 2002.

Que las enfermedades psiquiátricas son enfermedades crónicas en las cuales al finalizar cada uno de los periodos de epicrisis los pacientes al final salen estables, lo cual no quiere decir que los pacientes salen rehabilitados o fuera menos grave el incidente.

En el año 2002 fue estabilizada y dada de alta pero la pérdida de capacidad no se hubiera configurado en el año 2002 lo que quiere decir es que los episodios de violencia e insomnio y la irritabilidad verbal, habían sido estabilizados al finalizar la epicrisis del año 2002, al igual que al finalizar la epicrisis en el año 2014.

Que en el periodo en el que ocurrió una epicrisis respecto de la otra, no quiere decir en absoluto que la persona hubiese superado su discapacidad, la discapacidad.

La discapacidad psicosocial tiene característica de crónica por lo que no se requiere una internalización periódico o permanente para tratarla como para decir que en una de ellas la discapacidad supere el umbral del 50%.

Reitera el apoderado que:

- 1) Los síntomas presentado en el 2002 son los mismos del año 2014
- 2) La estabilización de la paciente, no quiere decir que el episodio del 2002 no fuera igual de importante ni igual de incapacitante.
- 3) Se debe tener en cuenta el carácter crónico de este tipo de enfermedades, llevan a evidenciar que la fecha de estructuración si ocurrió para el año 2002
- 4) Que para esa época ya se había establecido que la señora tomaba medicación folio 35 del expediente, que se le dicta medicación específica para enfermedades psiquiátricas.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: Si resulta procedente modificar la fecha de estructuración y porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la señora Martha Inés Sandoval proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca.

DE LAS JUNTAS REGIONALES DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ

La función principal consiste en calificar la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social, así lo estipula el artículo 14 del Decreto 2463 de 2001, en el cual señala que “deben emitir los dictámenes, previo estudio de los antecedentes clínicos y/o laborales; ordenar la presentación personal del afiliado, del pensionado por invalidez o del aspirante a beneficiario por discapacidad o invalidez, para la evaluación correspondiente o delegar en uno de sus miembros la práctica de la evaluación o examen físico, cuando sea necesario; solicitar a las entidades promotoras de salud, a las administradoras de riesgos profesionales y a las administradoras de fondos de pensiones vinculados con el caso objeto de estudio, así como a los empleadores y a las instituciones prestadoras de los servicios de salud que hayan atendido al afiliado, al pensionado o al beneficiario, los antecedentes e informes que consideren necesarios para la adecuada calificación”.

Aunado a lo anterior, en el mismo Decreto 2463 de 2001 artículo 31 se establece que “deben contener las decisiones expresas y claras sobre el origen, fecha de estructuración y calificación porcentual de pérdida de la capacidad laboral”. Frente a ello la Corte Constitucional en sentencia T-424 de 2007 reiteró que los dictámenes que expiden las juntas de calificación deben contener todos los elementos probatorios que sirvan para establecer una relación causal tales como la historia clínica, exámenes médicos periódicos, el cargo desempeñado, etc.

Es a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez a las que les corresponde actuar en primera instancia cuando se solicite la calificación de la invalidez, para el pago de prestaciones asistenciales y/o económicas por parte de las entidades administradoras del sistema de seguridad social y entidades de previsión social o entidades que asuman el pago de prestaciones. Posterior a ello, es la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la que se encarga de calificar en segunda instancia el estado de invalidez cuando se haya interpuesto recurso de apelación contra los dictámenes emitidos por las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez (numeral 6 del artículo 3° y 13 del Decreto 2463 de 2001).

Por lo anterior, es claro que los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez corresponden principalmente a un concepto técnico y científico sobre la valoración

completa del estado de salud de una persona, para lo cual se utilizan estándares de razonabilidad e integralidad, en el que se evalúa el estado del paciente según el tiempo en valoración, como se dijo por la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13545-2014

No obstante, las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, deben ser “dirimidas por la justicia ordinaria laboral de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente” según el artículo 40 del Decreto 2463 de 2001. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 19 de octubre de 2006, Rad. 29622, y SL5280-2018, dispuso:

“Ciertamente, la Corte ha estimado que en la actualidad el estado de invalidez de un trabajador corresponde establecerse mediante la valoración científica de las juntas de Calificación, a través del procedimiento señalado en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional. Pero la Sala de Casación Laboral no ha sostenido que los parámetros señalados en el dictamen de la Junta sean intocables (...)

De ninguna manera ha considerado la Corte que los hechos relativos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el hecho genitor de la minusvalía, tenidos en cuenta por uno de tales entes, o por ambos si se agotan las dos instancias, sean materia incontrovertible ante la jurisdicción del trabajo (...)

Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al juez de dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de la invalidez, ni la distribución porcentual de las discapacidades y minusvalías.”.

Ahora, cuando se trata de los diferentes dictámenes que se puedan tener frente a un mismo caso, en sentencia SL2349-2021, nuestro Tribunal de cierre adocrinó:

“Al definir un asunto en el que se opongan diferentes conceptos científicos sobre el estado de salud de una persona, los jueces pueden soportar su decisión en el que

les ofrezca mayor credibilidad y poder de convicción. Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL-4346-2020 la Sala asentó:

De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, el estado de invalidez se determina, en primera oportunidad, por las entidades de seguridad social y las juntas de calificación de invalidez, conforme al manual único para la calificación vigente al momento de su práctica -decretos 917 de 1999 o 1507 de 2014, según el caso (...).

Aunque la Corte ha admitido la relevancia de los dictámenes que expiden las juntas de calificación de invalidez por tratarse de conceptos técnicos y científicos emanados de órganos autorizados por el legislador, lo cierto es que estos constituyen un medio de prueba y, como tal, deben someterse a la valoración del juzgador bajo los principios de libre formación del convencimiento y apreciación crítica y conjunta de la prueba, previstos en los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL, 18 mar. 2009, rad. 31062, CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 35450, CSJ SL3090-2014, CSJ SL9184-2016, CSJ SL697-2019, CSJ SL3380-2019, CSJ SL 3992-2019 y CSJ SL5601-2019). En esa medida, el juez no puede simplemente ignorar las circunstancias que rodean el caso, la conducta procesal y los demás elementos probatorios adosados, pues todos, en conjunto, permiten determinar el momento en el que se produce, de manera definitiva, la disminución de la capacidad laboral de la persona”.

Lo anterior, conservando lo dicho en sentencia SL3992–2019, en donde se reiteró:

“Para esos fines, el juez cuenta con amplias potestades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, de manera tal que puede darle credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral o de alguno de sus elementos, hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones...”

Ahora bien, **para el caso en concreto**, la parte actora discierne del tiempo en el cual se da la calificación y estructuración de la pérdida de capacidad laboral, toda vez que desde el año 2016 y por la notificación del 29 de julio del año 2017, la junta regional de calificación de invalidez decidió emitir un concepto de la paciente muy diferente al que venía profiriéndose años anteriores, más exactamente frente al año 2002, desde cuando se tuvo información clínica de sus estados de crisis psiquiátricas, pasando de una calificación del 50% en el año 2002, a un 75% de calificación actualmente desde dictamen del año 2016 folio 32.

Ante las dudas presentadas sobre la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral emitida por la Junta Regional de calificación de Invalidez, la parte actora y su familia, solicitaron un concepto médico distinto, por parte de la Dra. Karol Andrea Díaz Solano, médico especialista en Salud Ocupacional y calificación, folio 3 a 7 del expediente físico.

La parte actora reclama el hecho de tener conceptos diferentes por parte de la Junta Regional de calificación de Invalidez teniendo las mismas crisis que se exponen en sus epicrisis de años diferentes, y más exactamente respecto de los años 2014 a 2017 frente al dictamen del año 2002, no obstante, es importante tener en cuenta que dicho dictamen del año 2002 fue proferido bajo el Decreto 917 de 1999 que era el Manual de calificación de invalidez para esa época, y el dictamen posterior se hizo sobre el actual y único manual de calificación como instrumento técnico fehaciente para la valoración de los pacientes Decreto 1507 de 2014 en el cual se proporciona un lenguaje unificado y estandarizado para el abordaje de la valoración del daño con enfoque integral en los pacientes.

Ahora, con referencia a la médico tratante que la parte actora consultó, esta Sala encuentra que al leer el concepto, la médico confirma y no contradice el concepto de la junta Regional cuando dice “El Dx de la paciente es Esquizofrenia de larga data según lo dicho por la familia y por reporte médico del año 2002... y agrega “las últimas hospitalizaciones reportadas datan desde el año 2015, que son agravadas por el fallecimiento de su padre y 8 meses después el de su madre”

Por lo anterior, es imposible para la Sala simplemente ignorar las circunstancias que rodean el caso, la conducta procesal y los demás elementos probatorios adosados, pues todos, en conjunto, permiten determinar el momento en el que se produce el concepto médico, y la fecha de determinación de manera definitiva, por tal motivo es claro que la disminución de la capacidad laboral de la persona fue valorada en un contexto diferente, tanto por la junta médica regional como por la médico particular referenciada, encontrándose según los documentos allegados al plenario, dos conceptos que de hecho coinciden y refieren su análisis en armonía con los desarrollos normativos, médicos, baremológicos y metodológicos recientes que permite el actual y único manual de calificación como instrumento técnico de valoración expedido por el Decreto 1507 de 2014, y que consta tanto en folio 31 con el dictamen de la junta regional de calificación como el concepto de la médico particular a folio 4.

En tales condiciones, no encuentra la Sala elementos probatorios suficientes para concluir que las patologías de la accionante deban ser calificadas de forma diferente desde fecha anterior, por lo cual bajo las anteriores consideraciones, habrá de **CONFIRMARSE** en su totalidad la sentencia 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 DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia.

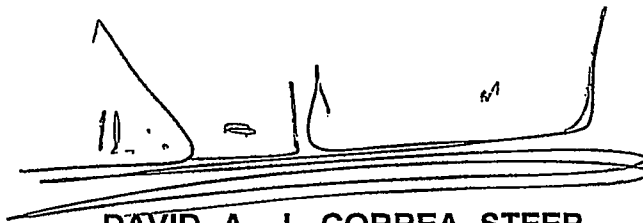
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503020180015701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503020180015701)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503020180015701)