



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 22-2019-00429-01

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

DEMANDANTE: MARTHA LUCIA GARZON

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

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colfondos, Porvenir, Skandia y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 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 17)

La parte demandante (fls.24-26), la parte demandada Porvenir S.A. (fls.6-14) Colpensiones (fls.18-21) 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) Martha Lucia Garzon Mendez instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, AFP Colfondos S.A. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 62 "expediente digital", con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad de la afiliación realizada el 1 de junio de 1995 por la demandante a la AFP Colfondos S.A., toda vez que esta se obtuvo producto del engaño de que fue objeto la demandante, al no haber recibido ningún tipo de información que le permitiera tomar una decisión consiente acerca del alcance e implicaciones que tenía para ella su traslado del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS, habiendo sido así asaltada en su buena fe.
2. Se declare la nulidad de la afiliación realizada el 1 de junio de 2005 por la demandante a la AFP Old Mutual S.A., toda vez que esta se obtuvo producto del engaño de que fue objeto la demandante, al no haber recibido ningún tipo de información que le permitiera tomar una decisión consiente acerca del alcance e implicaciones que tenía para ella su traslado del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS, habiendo sido así asaltada en su buena fe.
3. Se declare la nulidad de la afiliación realizada el 1 de octubre de 2007 por la demandante a la AFP Porvenir S.A., toda vez que esta se obtuvo producto del engaño de que fue objeto la demandante, al no haber recibido ningún tipo de información que le permitiera tomar una decisión consiente acerca del alcance e implicaciones que tenía para ella su traslado del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS, habiendo sido así asaltada en su buena fe.
4. Se ordene a Colpensiones recibir y a afiliar de nuevo, de manera inmediata y automática al RPM a la demandante, como si su traslado al RAIS nunca se hubiera dado.
5. Se condene a Colfondos y Porvenir a trasladar a Colpensiones, a nombre de la demandante, todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la

aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración.

6. Se condene a las demandas en las costas y agencias en derecho, derivadas del proceso.
7. Se condene en ultra y extra petita.

Subsidiarias

1. Se declare la ineficacia de la afiliación realizada el 1 de junio de 1995 por la demandante a la AFP Colfondos S.A., toda vez que esta se obtuvo producto del engaño de que fue objeto la demandante, al no haber recibido ningún tipo de información que le permitiera tomar una decisión consiente acerca del alcance e implicaciones que tenía para ella su traslado del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS, habiendo sido así asaltada en su buena fe.
2. Se declare la ineficacia de la afiliación realizada el 1 de junio de 2005 por la demandante a la AFP Old Mutual S.A., toda vez que esta se obtuvo producto del engaño de que fue objeto la demandante, al no haber recibido ningún tipo de información que le permitiera tomar una decisión consiente acerca del alcance e implicaciones que tenía para ella su traslado del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS, habiendo sido así asaltada en su buena fe.
3. Se declare la ineficacia de la afiliación realizada el 1 de octubre de 2007 por la demandante a la AFP Porvenir S.A., toda vez que esta se obtuvo producto del engaño de que fue objeto la demandante, al no haber recibido ningún tipo de información que le permitiera tomar una decisión consiente acerca del alcance e implicaciones que tenía para ella su traslado del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS, habiendo sido así asaltada en su buena fe.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.89-108 "expediente digital"), Porvenir S.A.(fls.164-186 "expediente digital"), Skandia-Old Mutual (fls.194-200 "expediente digital") de acuerdo al auto del 6 de noviembre de 2019, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 22 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 21 de julio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por Martha Lucia Garzón Méndez CC. 51.710.180 al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 01 de junio de 1995, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **ORDENÓ** a Porvenir S.A, fondo al que se encuentra afiliada el señor Martha Lucia Garzon Mendez CC. 51.710.180, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – Los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. **ORDENÓ** a Colfondos S.A, Old Mutual S.A (hoy Skandia S.A) Y Porvenir S.A a remitir a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones –, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo. **DECLARÓ** no probada las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. **CONDENÓ** en costas a las demandadas Colfondos S.A, Old Mutual S.A (hoy Skandia S.A) Y Porvenir S.A a la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Gastos de administración

Solicita absolver a Colfondos de la condena referente a los gastos de administración, teniendo en cuenta que las actuaciones de Colfondos han estado ceñidas a la Constitución y a la ley, pues la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal y se encuentran contemplados en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, en donde señala las características del RAIS, en especial el literal B.

Señala que las entidades que administran los fondos de pensiones están legalmente facultados para cobrar a sus afiliados por el manejo de aportes que realicen las administradoras, ya que este cobro obedece a un mandato de la Superintendencia financiera, que es la encargada de regular y estipular la normatividad referente a las sociedades administradoras de fondos de pensiones.

Manifiesta que si la consecuencia de la ineficacia o la nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior, se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende, nunca Colfondos debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, y si esa comisión nunca se debió descontar tampoco nunca debieron existir rendimientos.

Reitera que en el caso que ordenen a Colfondos a devolver a Colpensiones lo descontado por comisión de administración se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa en favor de la parte actora, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de Colfondos, sin reconocer o pagar algún concepto por la gestión realizada, realizando, el juez, una interpretación no acorde con la Constitución y con la ley en detrimento del patrimonio de Colfondos y vulnerándose el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada una de las dos partes del contrato que fue declarado nulo y que fue suscrito de buena fe por Colfondos.

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

Gastos de administración

Apela la sentencia de forma parcial, especialmente a la condena a Skandia para devolver el dinero descontado a la demandante por el tiempo que estuvo afiliada a Skandia por concepto de cuotas o gastos de administración.

Indica que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 especifica que, tanto en el régimen de Prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual, se puede tomar un porcentaje, y específicamente en el RAIS, del 3% del IBC, el cual se va a destinar unos gastos de administración, una prima de reaseguro de FOGAFIN y unas primas de seguros de invalidez y sobrevivientes. Adicionalmente, refiere el decreto 692 de 1994 el cual, en su artículo 36, habla de la distribución de las cotizaciones; señala que este artículo indica que el ISS, las cajas, Fondos o entidades de previsión, mientras no se ordene su liquidación, deberán llevar unas cuentas separadas de las reservas para la pensión de vejez y de los gastos de administración.

Manifiesta que, si bien es cierto las pretensiones de la demanda giraron en torno a la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual y que la Corte Suprema de Justicia ha señalado efectivamente que la consecuencia de esta es el regreso automático de las cosas al estado inicial, también lo es que corresponde al juez hacer una ponderación objetiva en cuanto a los conceptos de restituciones mutuas, confianza legítima y de la buena fe que ostenta Skandia.

Solicita identificar que Skandia siempre actuó de buena fe dentro de toda la relación contractual que tuvo con la demandante y administró, en forma correcta, la cuenta de ahorro individual de la misma.

Adicionalmente señala que la comisión de administración está direccionada a retribuir todas las actividades que desarrollan todas las instituciones pensionales que conforman el sistema general de pensiones, dentro del cual obviamente está Skandia. Dice que es importante entender que dicha comisión no es del afiliado, que tampoco está destinada a financiar la pensión de vejez, porque tanto en el régimen de ahorro individual como en el régimen de prima media, la ley dispone que dicho porcentaje es a favor de las administradoras de pensiones y expresa que si esto es así, se estaría desconociendo la naturaleza misma de estos dineros de gastos de administración y también se estaría ordenando devolver ese porcentaje a Colpensiones, pero se entraría en generar para esta entidad un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido, porque sería esta entidad la que estaría recibiendo un dinero del cual no ha realizado ningún tipo de función de administración conforme lo indica la ley específicamente.

Señala que también quedó acreditado con las pruebas documentales, que Skandia cumplió con generar una rentabilidad acordé con unas directrices legales y que emite la Superintendencia financiera, y por ende, no resulta procedente reintegrar una comisión de administración, cuando en el ejercicio legítimo de unas obligaciones vigentes durante la vinculación de la demandante con Skandia, se cumplieron con cada una de ellas y, también, se cumplió con esa obligación, conforme lo indica la ley. 100 de 1993.

Dice que ordenar también el reintegro de la comisión de administración es incurrir en una violación al principio constitucional de buena fe, de confianza legítima y al debido proceso, porque se está ordenando judicialmente devolver una suma que ya tiene un titular definido legalmente. Apela que Skandia llevó a cabo la administración de todos los recursos que conforman o conformaban la cuenta de ahorro individual de la demandante, cuando estuvo afiliada, y dice, no es viable devolver a Colpensiones esos dineros cuando ya generaron unos rendimientos que la beneficiaron directamente.

Finalmente señala que en la afiliación de la demandante no se generó ningún tipo de perjuicio, y al ordenarle a Skandia, que ya no es la actual AFP de la misma, devolver este dinero, se estaría generando un perjuicio económico para Skandia porqué tendría que tomar dinero de su propio patrimonio para devolver un dinero a Colpensiones del cual ya, está facultada para descontarlo y se realizó conforme a una obligación que tiene, que fue creada por la misma ley 100 de 1993.

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

Deber de información

Manifiesta que no procedería esa declaratoria de ineficacia, por cuanto de manera expresa la norma prevé que para que se dé su declaratoria, deben existir actos que impiden o atentan en contra de la afiliación del trabajador. Es decir, sin duda, cuando se realizan actos con dolo para impedir o atentar en contra de esa libertad de afiliación o traslado, lo que supone la intención de causar daño y en este caso, ni se alegó ni se acreditó el dolo por parte de mi Porvenir y, por el contrario, a lo que se exhibió con claridad es que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria.

Señala que el A-quo Indica que el expediente está huérfano de pruebas y que el formulario de afiliación suscrito en el 2007 con Porvenir carece de elementos de juicio para determinar la información entregada, aun cuando éste era el único documento o era el único requisito para realizar este traslado, y pese a que se hizo la inversión de la carga de la prueba contrario con lo allí legalmente dispuesto, expresa que esa conclusión no la comparte, por cuanto el formulario de afiliación no es un simple formato, es un documento público que se presume auténtico, es la materialización del cumplimiento de la ley 100 del 93.

Dice que sí se logró probar que se brindó información, porque allí quedaron constatadas o seleccionadas, por parte de la afiliada, los términos y los temas que se llevaron a cabo en la afiliación, es la explicación del producto, los tiempos de servicio, los planes de pensión, las características, los canales de atención, todo esto quedó allí seleccionado, porque dice hay que tener en cuenta que esta afiliación se llevó a cabo en el 2007, y que ya era un formulario mucho más completo del que podría encontrarse en el 95, luego señala que sí hay una información allí y quedó demostrada con la suscripción del formulario de afiliación.

Señala también que se soporta que la demandante conocía las características del RAIS porque efectuó aportes voluntarios por un poco más de un millón de pesos, luego se acogió a los beneficios tributarios que conlleva realizar este tipo de aportes. Dice que ahí sí se demuestra que tuvo conocimiento sobre las características del RAIS y los beneficios que conllevaba hacer este tipo de aportes.

Refiere que en la sentencia 4806 de 2020, que habla respecto de la ineficacia del traslado, se indica, en varios numerales de si hay o no hay una información suficiente, pero también en uno de ellos y para que se cumpla y se pueda cumplir esta sentencia, es que le corresponde al demandante demostrar si se causó un perjuicio, es decir, probar los perjuicios que se estipulan en el artículo 167 del Código General del proceso y, señala que la demandante indicó: "no conozco cuál es el valor por el cual me llegaría a pensionar en Colpensiones o en el RAIS". Señala entonces que en el caso no se cumplen todos los requisitos para poder aplicar dicha sentencia.

Pide tener en cuenta que se soportaron como fundamentos de Derecho Sentencias que no son aplicables al caso, que son sentencias que nacieron a la luz de la jurisprudencia mucho después del 95 y, sin embargo, recalca que la asesoría sí fue brindada de forma clara y comprensible a la luz de la ley de la época.

Gastos de administración

Respecto a los gastos de administración, señala que se debe recordar que la Superintendencia financiera de Colombia ha indicado taxativamente que en caso de que proceda el caso de la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado, las sumas a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta individual más no los gastos de administración, es decir, lo que está dispuesto en el artículo 113, literal B de la Ley 100 del 93. Dice que en la la norma no se hablan de gastos de administración, porque los gastos de administración no corresponden a valores que pertenezcan al afiliado a ningún régimen pensional, en cuanto éstos no van a entrar a financiar la prestación de vejez y, por ende, no son parte integral de ella.

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

Señala que sobre la demandante recae la prohibición descrita en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 del 93.

Recalcar que sobre el presente asunto no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio del consentimiento, expresa que si bien las AFP deben informar de manera suficientemente a la actora, esto no la exoneraba de su deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional, del cual dependía sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación de vejez, como tampoco la sustraía la aplicación de la ley para darle un tratamiento desigual, como si su capacidad para celebrar actos o contratos estuviere menguada frente a la definición de un acto de la mayor importancia, en la medida en que de su elección dependería las condiciones de cubrimiento de las contingencias que, amparadas por el sistema de Seguridad Social, en particular la de vejez, lo que no convierte a los afiliados en incapaces para suscribir contratos.

Manifiesta que no obra prueba alguna o una evidencia en el caso, en el libelo de la demanda o prueba alguna comparativa entre los regímenes no se aportaron simulaciones pensionales que, si bien, no permiten establecer el costo de la pensión en el régimen de prima media, tampoco permite establecerse si existe o no un perjuicio para la demandante en su mesada pensional de uno u otro régimen.

Finalmente menciona que en el caso de no acogerse los argumentos expuestos por Colpensiones y, en consecuencia, la sala decida confirmar la providencia de objeto de alzada y sin que de ninguna manera se entiendan reconocidas las pretensiones, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante por la AFP, como son cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas, gastos de administración y las demás a que hubiere lugar debidamente indexadas por el período en que permaneció al fondo privado, como quiera que Colpensiones no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y se actualicen los datos de la demandante en la respectiva base de datos.

Asimismo, pide se les ordene a las AFP, no realizar descuentos por concepto de seguros de invalidez o de vejez.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el (la) señora **Martha Lucia Garzon Mendez** el día 1 junio de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Colfondos, AFP Porvenir y AFP Skandia 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, se trasladó efectivamente a la AFP Colfondos S.A. el 1 de junio de 1995 (fl.57 expediente digital), se trasladó efectivamente a la AFP Old Mutual el 1 de junio de 2005(fl.57 expediente digital), solicito traslado a AFP Porvenir S.A. el 12 de julio de 2007 (fl.187 expediente digital) con efectividad a partir del 1 de octubre de 2007 1 (fl.57 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 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 formulario afiliación del 2007, publicación El Tiempo, copia concepto Superfinanciera del 17 de enero de 2020, AFP Skandia S.A. aportó: Historia laboral, formulario afiliación, estado de cuenta.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada la 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 1 de junio de 1995, la demandante tenía 263 semanas (fl.59 expediente digital) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 1 de Diciembre de 1963 – fl 52 expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado una vez cumpliera las semanas exigidas en el RPM, la edad ya la cumplió (para junio del año 2019 había cotizado más de 1208 semanas fl.59

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 y 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., AFP Colfondos S.A ni AFP Skandia S.A.

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Colfondos, AFP Skandia y 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 Colfondos, AFP Skandia y AFP Porvenir S.A.

Con relación a lo manifestado por la demandada Porvenir S.A., conforme al contenido del formulario de afiliación suscrito en el año 2007, el cual era más completo que un formulario del año 1995, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

(...)En efecto, el formato de reasesoría contiene unas preguntas de selección múltiples, en las que el afiliado tiene la opción de marcar la afirmación o respuesta que considera correcta. Las preguntas tienen que ver con su edad, salario, años de servicio, si tiene bono emitido, el motivo por el que solicitó reasesoría, el canal de atención, el resultado del cálculo y la decisión del afiliado. De este formulario, no es dable deducir que el demandante recibió información clara, precisa y oportuna respecto a su situación actual y futura comparada con la que tendría en el régimen de prima media con prestación de definida ni de las ventajas del régimen de transición que lo cobijaba.

En cuanto al formulario de afiliación y su anexo, no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios.

El anexo es un cuestionario a diligenciar por el afiliado, en el que se le pregunta genéricamente si fue informado y asesorado por el Ejecutivo Comercial de la AFP y si desea estar vinculado a Protección S.A. El formato solo permite dar respuesta en términos de SI o NO, sin más detalles. También se interroga sobre el salario y se hace un cálculo estimado del valor de la mesada pensional bajo el régimen privado,

sin comparación Radicación n.º 84475 SCLAJPT-10 V.00 14 alguna con el sistema público de pensiones ni consideraciones adicionales.

Como se puede advertir, ninguno de esos documentos contiene datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones. Toda la información que se le brindó gravitó sobre el propio régimen privado, situación que claramente produce un sesgo en el afiliado por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alterno.

En tal sentido, como lo ha manifestado el máximo órgano, los formularios de afiliación, como los formularios de reasesoría no son prueba suficiente del cumplimiento del deber de información que tienen los fondos privados.

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 1º de abril de 1994. (...)”

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 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 **Martha Lucia Garzon Mendez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos S.A. el 1 de junio de 1995. , y en consecuencia los traslados posteriores entre los diferentes AFP.

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., AFP Colfondos, AFP Skandia 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 21 de julio de 2021 por el juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá

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

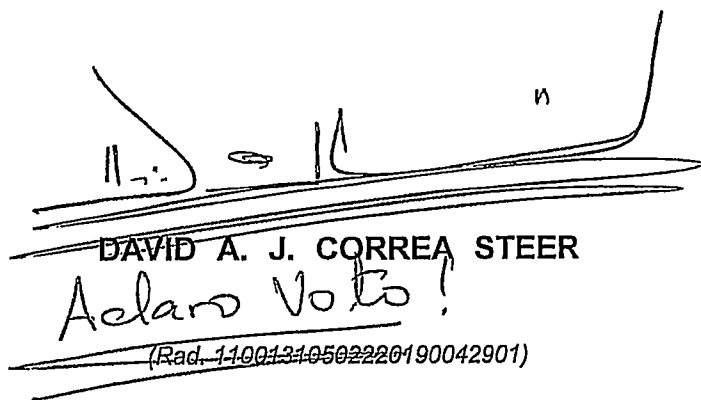
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502220190042901)



DAVID A. J. CORREA STEER
Aclaro Voto!
(Rad. 11001310502220190042901)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502220190042901)