



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 36-2018-00457-01

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

DEMANDANTE: NORA MARIA EUGENIA SALAZAR MARTINEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN S.A.
AFP SKANDIA S.A.

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36 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.

La parte demandante (fls. 4-7), la parte demandada Colpensiones (fls.8-10) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 05 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **Nora Maria Eugenia Salazar Martínez** instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Protección SA, AFP Skandia S.A y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 1 "medio magnético", con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare nula o ineficaz la afiliación efectuada al RAIS realizada y promovida por AFP Old Mutual a nombre de Nora María Eugenia Salazar Martínez

2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia determinar que todas las afiliaciones posteriores que hubiere efectuado la demandante en el RAIS carecen de validez jurídica.
3. Que se condene a la administradora de pensiones Old Mutual como la administradora de pensiones actual en la que se encuentra afiliada la demandante, a devolver a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos.
4. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la afiliación efectuada en el RAIS, declarar que la demandante nunca dejó de pertenecer al régimen de prima media con prestación definida.
5. Que se condene a Colpensiones a que active la afiliación en esta entidad y se efectúe el registro correspondiente en el sistema SIAFP
6. Que se declare que la señora Nora Maria Eugenia Salazar Martínez, tiene derecho a que su mesada pensional le sea reconocida y pagada por Colpensiones una vez acrediten los requisitos legales para ello.
7. Que se condene a las administradoras de pensiones demandadas sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.
8. Que se condene a las entidades demandadas al pago de las costas que se causen con ocasión de este proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda Colpensiones folio 187 expediente digitalizado carpeta 01, AFP OLD MUTUAL folio 240 expediente digitalizado carpeta 01 y AFP Protección folio 295, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 36 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 18 de junio de 2021, **ABSOLVIÓ** a Skandia pensiones y cesantías S.A, a la administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A, y a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora Nora Maria Eugenia Salazar Martínez **CONDENÓ** en costas a la actora,

incluyéndose en su liquidación, la suma de \$400.000 a título de agencias en derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Presenta el recurso de apelación contra la decisión proferida en esta instancia con la finalidad de que se revoque la misma y se acceda a las pretensiones incoadas en el libelo demandatorio bajo las siguientes consideraciones jurídicas.

Para la apoderada la sentencia se basó en 2 premisas:

1. En validar la información que recibió la demandante del Fondo de Pensiones
2. En el análisis jurisprudencial que se aplica a este proceso.

Frente al 1, señala y solicita se revoque la decisión por las siguientes consideraciones jurídicas; se valoró el interrogatorio de parte por la Juez y se señaló que en el mismo la demandante dejaba entrever que conocía algunos aspectos del Régimen de Ahorro Individual, lo cierto es que la jurisprudencia y la misma ley imponen la obligación a los fondos privados de que den una información completa y comprensible frente a los aspectos propios del Régimen de Ahorro Individual, no de algunos aspectos, sino de los aspectos propios.

Se valoró por la Juez, por ejemplo, que en el interrogatorio de parte la demandante había aceptado que los aportes eran heredables, que es algo muy propio del Régimen de Ahorro Individual, lo cual no es cierto, la demandante dijo que le habían señalado que la pensión era heredable y nosotros sabemos que, en Colombia, las pensiones no son heredables, eso es diferente a los aportes propios del Régimen de Ahorro Individual.

Igualmente, también dijo que una de sus motivaciones para afiliarse al Fondo era que podía tener una pensión anticipada, sin embargo, nunca quedó demostrado, que los fondos privados de pensiones le hablaron de las condiciones de acceso a ella para poder acceder a una pensión anticipada de vejez y las personas que conocen el tema de pensiones y los abogados litigantes conocen el tema de pensiones, no la demandante, que ni siquiera tiene el grado profesional, es una técnica, entonces se pregunta cómo lo puede conocer.

Sostiene que para tener derecho a unas pensiones anticipadas, el capital que debe tener una persona debe ser bastante alto y de acuerdo al promedio salarial de la

demandante pues era muy poco probable por no decir imposible, también como se señaló en el estudio pensional, pero era imposible que la señora hubiese podido obtener la capacidad de ahorro para poder llegar a tener derecho a una pensión anticipada por vejez. Que esas condiciones de acceso que es lo que ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, fue lo que se le debió haber explicado a la demandante, cosa que nunca se hizo, nótese entonces como la información fue totalmente incompleta.

Igualmente, advierte también que en el análisis que se hace en esta sentencia, sobre la cual se presenta el recurso de apelación, que en el momento de la re asesoría a la demandante se le dio una información clara y precisa, lo cual tampoco es cierto, no es cierto que al momento de la re asesoría se le haya dado una información clara y precisa, que en el interrogatorio de parte la demandante dijo que ella había tomado la decisión de quedarse en el fondo privado de pensiones porque le habían ofrecido la posibilidad de hacer aportes voluntarios en cuantía de \$50.000 mientras que en Colpensiones no, y con eso, ella podría llegar a tener derecho a una pensión anticipada, esto es, pensionarse antes de los 57 años, pero además, con esos aportes voluntarios de \$50.000 mensuales, al momento de cumplir la edad, la pensión iba a ser equiparable a la del entonces ISS.

Manifiesta que no fue que en ese momento simplemente hizo caso omiso a ese formulario de re asesoría que obra en el expediente, sino que ella tuvo una información sesgada por parte del fondo de pensiones que la hizo mantenerse en el Régimen de Ahorro Individual y como ella misma lo dice, no era por la diferencia en la cuantía de la pensión, la cual se mantiene en este momento frente a la expectativa de la señora de recibir la mesada pensional, sino era precisamente por el hecho de que le dijeron a la demandante que si ella ahorraba \$50.000 mensuales, lo cual hizo haciéndole caso al asesor, o podía tener una pensión anticipada, que a ella le servía para cuidar a su mamá, o por el contrario en el peor de los casos la pensión se equiparaba al ISS.

De tal manera que considera la apoderada que esa información que le dieron no solo es irreal y mentirosa porque con \$50.000 cotizados desde el 2008 a la fecha, no iba a tener un capital suficiente para poder financiar una pensión anticipada por vejez, sino, también indujo en error a la demandante y por eso ella tomó la decisión de quedarse ahí.

Que la información que suministró la demandante bajo la gravedad de juramento al momento del interrogatorio de parte y que además fue una pregunta de la parte demandada, o sea de Protección, se acompaña también con lo que dice el

formulario de re asesoría, en el momento de la re asesoría y nótese como en la parte, dice: *“En caso que no le convenga continuar en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y aplase la decisión de trasladarse al ISS”* pide que se analice cómo ahí en ningún momento le dicen, no le conviene estar en el Fondo privado de pensiones, dice *“en caso de que no le convenga”* luego entonces, a ella este formulario de afiliación rodeado con la información verbal que le suministró el asesor y que dejó ver la demandante en el interrogatorio de parte bajo la gravedad de juramento, a ella claramente con base en esa información no le convenía trasladarse al ISS porque si se quedaba en el fondo Privado, podía llegar a tener derecho a una pensión anticipada.

Considera que por eso es tan importante valorar en los procesos y especialmente en este proceso, acompañarlo también por todo lo que ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en su línea jurisprudencial y es que no basta cualquier tipo de información como se evidencia en este caso, pues a la demandante le dijeron *“puede tener derecho a una pensión anticipada”* en el promedio de los colombianos cuando a uno lo dicen, ni siquiera pensión anticipada, sino que utilizaban la expresión *“puede pensionarse antes”* cuando a uno le dicen eso, pues quien no va a querer poder hacerlo, pero por eso es que la Corte ha dicho, esa información tiene que ser completa, comprensible, no puede ser cualquier información que le den porque tienen efectivamente que decirle cuales son las condiciones para acceder a ese beneficio y las condiciones para ese beneficio en el promedio con base en la historia laboral obrante en el expediente judicial y al momento incluso de la afiliación del 95 y posteriormente en el 2008, era que el promedio salarial de la demandante no tenía una expectativa de ahorro bastante alta para poder llegar realmente a tener una pensión anticipada, por eso ahí cobra especial trascendencia y especial importancia validar que esa información realmente haya sido completa y comprensible hacia la demandante.

Sostiene que ese formulario de *“re asesoría”* valorado en su conjunto con lo que la demandante señaló en el interrogatorio de parte y las demás pruebas obrantes en el proceso, dejan ver claramente que persiste aún más esa información sesgada e incompleta que se le dio a la demandante, no puede tenerse en cuenta ese formulario como que hubiera sido realmente claro y comprensible, cuando la demandante contó bajo la gravedad de juramento que además de eso, ella había tomado la decisión de quedarse porque con los aportes voluntarios iba a poder equiparar la mesada pensional que le ofreciera Colpensiones, pero además tenía la posibilidad de pensionarse anticipadamente.

El hecho que, si solicitó o no solicitó la demandante la pensión anticipada, es una facultad que ella tenía, pero lo que si es cierto, es que además de que ella se quedó porque podía tener una pensión anticipada, el fondo privado de pensiones le indicó que con esos aportes voluntarios iba a tener derecho a una pensión similar a la del entonces ISS, hoy Colpensiones, por eso la demandante decidió continuar en el Fondo Privado de Pensiones pero además continuo haciendo sus aportes voluntarios como también lo manifestó en el interrogatorio de parte.

Por último, considera la apoderada que en cuanto al análisis jurisprudencial que se hace frente a las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, la interpretación que tiene de la jurisprudencia que se cita en este proceso es diferente, por eso también se interpone el recurso de apelación, en el sentido que las salas de descongestión no pueden apartarse de lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sus salas ordinarias porque eso vulnera no solo los reglamentos internos de la Corte Suprema de Justicia, sino además, la misma Corte en su precedente jurisprudencial ha señalado que si no existe información oportuna al momento de la afiliación al RAIS, se entenderá ineficaz y como consecuencia propia establecida en la ley, todas las afiliaciones posteriores también, por lo anterior solicita se revoque la decisión de la Juez de instancia y se acceda a las pretensiones incoadas. Finaliza.

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 y AFP Skandia SA efectuado por el (la) señora **Nora Eugenia Salazar Martínez** el día 11 de diciembre de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Protección S.A. y AFP Skandia SA devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados a los fondos privados, 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 Old Mutual el 11 de diciembre de 1995 con efectividad del 01 de enero de 1996 y que posteriormente de Old Mutual se trasladó a AFP Protección S.A el 14 de marzo de 2007 con fecha de efectividad del 01 de mayo de 2007 (fl.317 SIAFP expediente digitalizado), para finalmente trasladarse nuevamente a Old Mutual el día 29 de julio de 2013 (fl.257 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 Protección SA y AFP Skandia S.A aportan, Formulario afiliación respectivamente, histórico de movimientos SIAFP, resumen historia laboral consolidada.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 11 de diciembre 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 11 de diciembre de 1995, la demandante tenía 567,71 semanas (fl.1 expediente administrativo, digitalizado), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 30 de octubre de 1961– fl.5 expediente administrativo, digitalizado) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2021 (Actualmente ha cotizado más de 1721 semanas fl.268 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, 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 AFP Protección S.A.

Ahora bien, no solo es el traslado de régimen de la afiliada, frente a los gastos de administración debe traerse a colación el 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).".

Es importante también traer a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021 de nuestro Tribunal de cierre, en 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.

De igual manera, es claro resaltar que, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación 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

Finalmente, considera esta Sala necesario exhortar a la Juez de primer grado para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de la Sala de Casación Laboral de la H Corte Suprema de Justicia respecto de temas como el que hoy nos ocupa y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa válida y suficiente en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida en primera instancia el día 18 de junio de 2021, y por el contrario se **DECLARARÁ LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Nora María Eugenia Salazar Martínez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Old Mutual el 11 de diciembre de 1995 con efectividad del 01 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.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

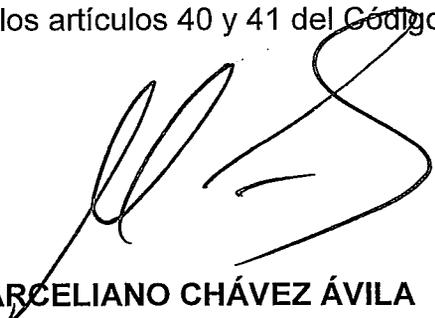
RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia del 18 de junio de 2021 proferida el por juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó el señora **Nora Maria Eugenia Salazar Martínez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a la AFP Old Mutual el 11 de diciembre de 1995 con efectividad del 01 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.

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

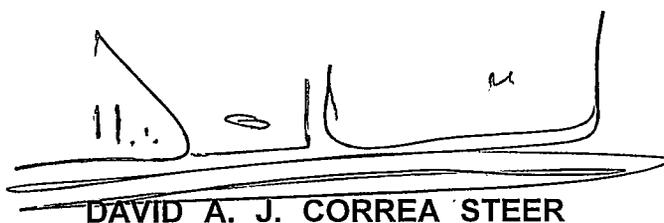
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503620180045701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503620180045701)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503620180045701)



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 34-2019-00498-01

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

DEMANDANTE: DIANA MARIA PALACIO ESTRADA

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

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
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 y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de agosto 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 NORTHEY ALEJANDRA HUERFANO HUERFANO con tarjeta profesional No.287.274 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.6)

La parte demandada Porvenir S.A. (fls.12 ss) y Colpensiones (fls.4 ss) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 19 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Diana Maria Palacio Estrada instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 1 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 Porvenir S.A., en febrero de 1996, ante la omisión de este fondo del deber de información 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 riesgos, beneficios y desventajas.
2. Como consecuencia de lo anterior, condenar a Porvenir S.A. a restituir a Colpensiones, los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado.
3. Se condene a Colpensiones a recibir como afiliada a la demandante, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS, y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por la demandante en el RAIS.
4. Se condene a las demandadas al pago de todo concepto que se pruebe en el proceso ultra y extra petita.
5. Se condene a las demandantes al pago de las costas y gastos del proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: Porvenir S.A: (fl.113-141 expediente digital) y Colpensiones (fl.200-2015 expediente digital) de acuerdo al auto del 16 de agosto de 2019, se oponen a las pretensiones de la demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 34 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 24 de agosto de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia y/o nulidad del traslado realizado por la demandante Diana María Palacios Estrada, del régimen de prima media con prestación definida

al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 16 de enero de 1996 a través de su afiliación a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A. **CONDENÓ** a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir SA., a reintegrar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la filiación de la demandante Diana María Palacio Estrada, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado. **ORDENÓ** a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, como administradora del régimen de Prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A., con motivo de la afiliación de la demandante Diana María Palacio Estrada, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y a tenerlos como semanas efectivamente cotizadas. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por la en las entidades demandadas. **CONDENÓ** en costas procesales a la demanda, sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A., fijó como agencias en derecho en la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Presenta el recurso con el fin de que se revoque la decisión adoptada en la audiencia, por las siguientes razones:

Indica que en virtud del derecho a la libre escogencia del régimen pensional contemplado en las ley 100 de 1993, se puede optar por el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, de conformidad con las normas vigentes para el efecto, de acuerdo con sus condiciones laborales, familiares y económicas.

Señala que la misma norma estableció la posibilidad de trasladarse entre regímenes cada 5 años, contados a partir de inversión inicial y hasta cuando le faltaban 10 años para adquirir su derecho pensional, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Con respecto a la nulidad, dice que no se puede alegar la misma, ya que es un error en un punto de derecho el cual no vicia el consentimiento.

En cuanto a la ineficacia del traslado, expresa que ese fue hecho de manera libre y voluntaria y cumpliendo con los requisitos que existían en el ordenamiento de la Ley en el año en que acaeció. Reitera que todo afiliado al régimen del sistema de seguridad pensional, pues puede escoger el régimen que más le faculte, más le convenga, de conformidad con la ley.

Manifiesta que si bien es cierto la decisión adoptada por el despacho no imparte una condena en contra de Colpensiones, sino que solo le impone una obligación de hacer, al ordenarle activar la función de la demandante y, consecuentemente a recibir las cotizaciones, rendimientos y en asaltos consignados en la cuenta de ahorro individual de la actora, en el futuro conllevaría, en principio, al reconocimiento de una prestación por parte de Colpensiones y a favor de la accionante; situación que dice, claramente perjudicaría los intereses de esta administradora.

Expresa que en caso que la sala confirme la provincia objeto de alzada, aclarando que de ninguna manera se entienda reconocía las pretensiones, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la administradora colombiana de pensiones – Colpensiones, previo cumplimiento de la devolución de la totalidad de la suma sobrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante por la AFP, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y demás, y las demás que hubiere lugar debidamente indexados por el período que permaneció afiliada por el fondo privado, como quiera que Colpensiones no podrá dar cumplimiento al fallo, hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos.

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

Presenta el recurso expresando que no comparte las consideraciones que llevaron al resolver de la sentencia, en primera medida porque se desconoce el deber de información vigente de acuerdo a la normatividad existente, a la fecha la vinculación.

Señala que para dicha oportunidad se encontraban vigentes la Ley 100 del 93 y el Decreto 663 del mismo , y señala que de su literalidad, se desprende: primero, el derecho que le asiste a los afiliados a elegir de manera libre y voluntaria su régimen pensional, el cual debe quedar manifestado por escrito que de acuerdo con la normatividad emitida por la entonces Superintendencia bancaria, se puede realizar mediante el formulario de vinculación y segundo, el deber de otorgar una información necesaria, indicando características del régimen, al afiliado a vincular.

Indica que lo anterior se cumple en su totalidad por parte de Porvenir y que de ello da cuenta el interrogatorio de parte absuelto por la parte demandante, que Porvenir considera no se valoró de manera adecuada, porque manifiesta que en él fue claro que la demandante sí recibió la información necesaria en dos charlas, teniendo incluso la posibilidad de pensar y consultar sobre la decisión que iba a tomar. También señala que la demandante confesó conocer de igual manera cada una de las condiciones que debe acreditar para pensionarse

en el Instituto de los seguros sociales para el año 96, por lo que insiste que es claro que Porvenir sí cumplió con dicha obligación para esa oportunidad de acuerdo a la normatividad vigente para la fecha del traslado.

Señala que no comparte las consideraciones del despacho respecto a que Porvenir debía desanimar a la demandante antes de tomar una decisión que claramente le perjudicaba. Expresa que esa afirmación desconoce la normatividad vigente en dicha oportunidad, que como se mencionó hace referencia a una información necesaria, sin obligar Porvenir a realizar proyecciones pensionales, algún consejo o la doble asesoría.

Manifiesta que las particularidades propias de la demandante para la fecha, no permitían indicar o no permitían prever que la decisión que la demandante iba a tomar le perjudicaba, como los señaló el despacho. Dice que no era posible indicarle ni siquiera el valor de una mesada pensional que podría recibir en cada uno de los regímenes pensionales después de más de 20 años después de su traslado y que esto lo que reprocha la parte actora. Insiste que no era posible prever ni determinar y no por ello se incumplió el deber de información porque no existía la obligación de realizar proyecciones pensionales. Pide tener en cuenta que dicha obligación nació a partir del año 2010, en donde incluso se señala que estas proyecciones eran a petición del afiliado.

Apela que el hecho que no obre un documental en donde se evidencie la información prestada no puede el juzgador circunscribirse únicamente a dicho medio de prueba, y menos cuando la normatividad vigente para el año 96 no imponía a Porvenir guardar algún documental frente a la información dada distinta al formulario de vinculación, por lo que dice que se consideraba más que legítimo que esta información podría otorgarse de manera verbal como efectivamente ocurrió dentro del presente asunto.

Respecto a la consideración de existir una nulidad por error de hecho, señala que Porvenir no comparte dicha apreciación por varias razones: en primera medida, se predica un error de hecho frente a situaciones que se encuentran determinadas en una normatividad de público conocimiento; segundo, no hay prueba de que Porvenir le haya asegurado una mesada pensional superior o inferior en uno u otro régimen para el año 96 para que, efectivamente, la demandante pudiera creer que se encontraba efectivamente en una situación ajena o contraria a su realidad pensional para dicha oportunidad.

Respecto a lo que señala el despacho con relación a que la demandante tuvo que concurrir a un perito que le hiciera una proyección pensional, manifiesta que no obra dentro del expediente dicha prueba, dice que se encuentra un estudio pensional, allegado como documental, no como prueba de dictamen pericial, en donde dice, no se puede evidenciar las condiciones establecidas para entenderla precisamente como un dictamen pericial.

Asimismo, indica que de dicho documento no se permite concluir una falta del deber de información, que sí al caso una diferencia actual de la mesada pensional, de acuerdo a las condiciones actuales de la demandante, pero no que ello si pudiese verificarse para el año 96. Adicional, dice que tal y como lo confesó la demandante, dicha información que le proporcione el perito nunca fue verificada o constatado directamente por Porvenir. Por otra

parte señala que si bien la actora indica que solicitó de manera reiterada una proyección pensional, dentro del expediente no obra prueba de ello.

Gastos de administración

En lo que tiene que ver con la devolución de las sumas de la aseguradora descontadas por parte de Porvenir, dice que dicha condena tampoco se comparte por parte Porvenir, esto como quiera que de acuerdo a la normatividad vigente, es un descuento autorizado por ley con el fin de que una aseguradora, en caso de que la demandante hubiese incurrido en riesgos de invalidez o muerte, pudiese pagar el 100% de la prestación a la que podría tener derecho de la demandante o sus beneficiarios.

En este sentido expresa que condenar a Porvenir a devolver dicha suma, sería como entender que la demandante nunca estuvo protegida hasta la fecha para dichos riesgos; indica que la demandante estuvo protegida hasta la fecha. Asimismo, indica que dichas sumas ya no se encuentran en poder de Porvenir, que contrario a ello, están en poder de un tercero de buena fe, que hasta el momento ha estado presente para atender la prestación que tendría que pagar ante la ocurrencia de dichos de dichos riesgos.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora **Diana Maria Palacio Estrada** el día 16 de enero de 1996; **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 16 de enero de 1996 con efectividad a partir del 1 de febrero de 1996 (fl.143 expediente digital SIAFP).

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: Certificado SIAFP, formulario de vinculación, historia laboral OBP, Relación histórica de movimientos, copia certificado de afiliación, respuestas a derechos de petición.

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 súplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 16 de enero de 1996, la demandante tenía 383 semanas (fl.177 expediente digital), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 24 de marzo de 1963 – fl.191 expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2020 (Actualmente ha cotizado más de 1430 semanas fl.177 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, cómo 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.

Con relación a lo manifestado por la demandada Porvenir S.A. y Colpensiones, conforme a que la parte actora suscribió el formulario de afiliación de manera voluntaria, libre y espontánea, indicando que la única obligación de acuerdo a la ley 100 de 1993 y el decreto 663 de 1993 vigentes para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar proyecciones pensionales, algún consejo o doble asesoría 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. Igualmente no se puede deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, como lo plantean las demandas.

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración y primas de seguros, 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.

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 **Diana Maria Palacio Estrada** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A el 16 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 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.

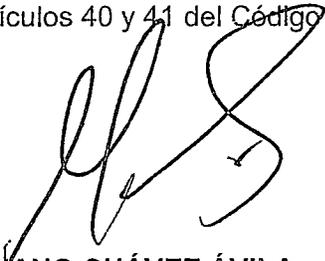
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 24 de agosto de 2021 por el juzgado 34 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. 11001310503520190049801)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503520190049801)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503520190049801)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 21-2020-00191-01

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

DEMANDANTE: BLANCA CECILIA CABRERA QUIÑONES
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PORVENIR SA Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el día Sentencia 27 de septiembre de 2021 en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada CINDY JULIETH VILLA NAVARRO con tarjeta profesional n.º 219.992 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para los efectos del poder que obra a folio 18 del expediente.

La parte demandante (fls.5 ss), la parte demandada Porvenir S.A. (fls.24 ss) y Colpensiones (fls.17 ss) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 19 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **BLANCA CECILIA CABRERA QUIÑONEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, y Colpensiones, debidamente sustentada

como aparece a folios 1-108 de la carpeta 01 del expediente digital, , con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad y/o ineficacia de la vinculación de la señora Blanca Cecilia Cabrera Quiñones al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, efectuada a la AFP Porvenir S.A para el 01 de octubre de 1999 por cuanto existió error de hechos que vició el consentimiento de la demandante y por cuanto no se cumplió con el deber de información.
2. Que se declare que la demandante nunca ha efectuado un traslado valido al régimen de ahorro individual con solidaridad.
3. Que se declare que la entidad a la que legalmente se encuentra afiliada la señora Blanca Cecilia Cabrera Quiñones es la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones
4. Que se declare que la señora Blanca Cecilia Cabrera Quiñones tiene derecho al reconocimiento de la pensión vejez de conformidad con lo preceptuado por la ley 797 de 2003.

Condenatorias

1. Que se condene a la Sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A a registrar en su sistema de información que la demandante Blanca Cecilia Cabrera Quiñones NO efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora por la indebida e insuficiente información suministrada al momento de la afiliación que causó un vicio en su consentimiento.
2. Que se condene a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a registrar y activar la afiliación de la señora Blanca Cecilia Cabrera Quiñones
3. Que se condene a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A a devolver a Colpensiones, todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual de la demandante Blanca Cecilia Cabrera Quiñones y que consisten en bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc.
4. Que se condene a la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, a actualizar en la historia laboral de la señora Blanca Cecilia Cabrera Quiñones las cotizaciones efectuadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.
5. Que se condene a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión por vejez en favor de la señora Blanca Cecilia Cabrera Quiñones

6. Que se condene a las partes demandadas sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.
7. Que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: Porvenir S.A: (fls. 1-113 de la carpeta 09 del expediente digital) y Colpensiones (fl.1-300 de la carpeta 13 del expediente digital) de acuerdo al auto del 08 de septiembre de 2021, se oponen a las pretensiones de la demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 21 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del Sentencia 27 de septiembre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Blanca Cecilia Cabrera Quiñones al régimen de ahorro individual RAIS el 17 de febrero de 1999 por intermedio de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantía Porvenir S.A, en consecuencia declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones. **CONDENÓ** a la sociedad administradora de pensiones y cesantías Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones, la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones, y lo pagado por seguro previsional, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades , sin deducción alguna por gastos de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora Blanca Cecilia Cabrera Quiñones para ello se concede el término de un (1) mes. **CONDENÓ** a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. **ABSOLVIÓ** a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado. **CONDENÓ** en costas a Porvenir S.A incluidas como agencias en derecho la suma de \$1'500.000, sin costas en contra de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Sostiene el apoderado que frente a la declaratoria de ineficacia, esta vinculación con su representada fue válida y eficaz, pues la demandante se vinculó para el año 1999 con Porvenir firmando para ello el único documento exigible, el formulario de afiliación, que se requería para ese momento para hacer válidamente la afiliación al Sistema General de Pensiones o para el cambio del traslado de Régimen como aconteció.

Frente al deber de información indicó que ha existido desde los inicios de las administradoras, cosa que no desconoce Porvenir, pues dicho deber ha tenido un desarrollo legal como jurisprudencial que ha sido de manera progresiva, se ha incrementado a lo largo de los años, exigiendo nuevas cosas a las Administradoras, sin embargo sostiene que su representada considera que no se realizó la debida interpretación de la norma aplicable a dicha data, pues respecto al momento histórico en que la demandante ejerció su derecho de libre elección de régimen pensional conforme a la *ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993* en su *artículo 97 numeral 1* se determina que deben señalarse características del Régimen pero sobre todo enfocado a impedir la coacción de libre escogencia del Régimen Pensional.

Que en aras del principio de retroactividad de la norma, no pueden ser exigidos a las administradoras deberes que nacen con posterioridad a la afiliación cuando para el momento, se encontraban en esta primera fase del deber de información donde se explicaban características o información respecto del Régimen de Ahorro Individual, situación que se realizó por medio de la asesoría verbal ofrecida por un asesor de su representada, pero siendo el único documento el formulario de afiliación, pues allí se depositó la libre elección de régimen pensional, que la actora quería trasladarse al RAIS después de escuchada la información.

Que por haber existido un acto jurídico que versó por la voluntad de la demandante, solicita se respete la voluntad de las partes y que si se le dé el valor probatorio que merece este documento, este formulario de afiliación que la actora suscribió, prueba que demuestra el cumplimiento de los requisitos vigentes para dicho momento y la voluntad de estar afiliada, que ella entendía que este acto jurídico era vital para su futuro pensional y se sometía a las condiciones de este régimen para dicho momento o los cambios en las condiciones que pudiera tener durante su vinculación

respecto al reconocimiento pensional o como iban a ser las condiciones de financiación de su mesada pensional.

Por lo que no estaba reglada para el año 1999 ya que las asesorías se hacían de manera verbal.

Ahora bien, insiste respecto a que la ineficacia del traslado o la presunta falta del deber de información o lo que solicita la parte para declarar la ineficacia del traslado pues quedó claro en su interrogatorio que no es otro sino la inconformidad que tiene la demandante con lo concerniente a su mesada pensional, situación que, así como lo señaló en los alegatos de conclusión, y eso no es suficiente para determinar una ineficacia del traslado.

Que para dicha época no era posible determinar si la demandante iba a lograr o no una mesada pensional, cuando faltaban más de 20 años de cotización, cuando se desconocían las condiciones socioeconómicas o personales de la actora para el momento que se hiciera efectivo el reconocimiento pensional y además de que el RAIS se creó desde la ley de 1993 y tiene condiciones de financiación muy distintas al RPM y la actora se estaba adhiriendo a dichas condiciones para el momento en que se hizo efectivo este traslado e incluso también durante su vinculación con el RAIS.

Que para el año de 1999 no se sabía el valor de la mesada pensional que podía recibir el afiliado cuando faltaban más de 20 años, se desconocía la densidad de cotizaciones que iba a tener la actora, se desconocía la tasa de reemplazo que se iba a utilizar para el momento en que se hiciera efectivo el reconocimiento pensional, por lo que considera no es justo que por haber una tasa de reemplazo entre los 2 regímenes entonces los fondos incumplen con su deber de información o es lo que pretende la demandante.

Que esto no depende de las administradoras sino de la normatividad vigente para el momento en que se haga el reconocimiento pensional y el hecho que se alegue y se demande pretendiendo la ineficacia por esta presunta falta del deber de información, cuando en realidad es el valor de la mesada pensional, y se conceden este tipo de ineficacias, considera Porvenir que indirectamente se está desconociendo lo dispuesto en la *ley 100 de 1993* con la creación de los fondos privados y con las condiciones de financiación.

Gastos de Administración

Considera que resulta contradictorio este tipo de condena, donde se declara la ineficacia de traslado de Régimen pensional y por lo tanto se pierden los efectos del traslado y por esta situación se condena también a los fondos a devolver los

conceptos por gastos de administración y demás, sin embargo, si se fuera a dejar sin efectos el acto jurídico del traslado pues claramente la actora no tendría derecho a retornar con los rendimientos generados por las gestiones realizadas por cumplimiento de un deber legal que le asiste a las administradoras y por lo tanto, por cuanto considera que es contradictorio e injusto el trato diferenciado que se le da a los conceptos producto de la afiliación al RAIS, es decir, los rendimientos y los gastos de administración.

Considera que se debe tener en cuenta que el *artículo 20 de la ley 100 de 1993*, establece cuales son los aportes y a que están destinados durante la administración, se hace deducción por gastos de administración, sumas previsionales del porcentaje para la garantía de pensión mínima durante el tiempo de vinculación pues lo hizo amparada en la ley y cumplió con esos presupuestos legales, adicional que hizo esa correcta administración de los recursos de la demandante que se pueden ver reflejados en su cuenta de ahorros con los rendimientos que se generaron de sus aportes.

Y además, que, frente a las sumas para seguros de invalidez y sobrevivencia, se tiene que la demandante tuvo cobertura durante su vinculación frente a estas contingencias y estas sumas fueron trasladadas a las respectivas aseguradoras por lo que considera no deben retornar en este caso al RPM, además que sostiene que no hay una cobertura de manera retroactiva y que este tipo de conceptos no están destinados al financiamiento de la pensión en ese régimen pensional.

Es por lo anterior, que solicita revocar de manera integral el fallo de primera instancia.

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

Solicita se revoque el fallo proferido por el Juez de Primera Instancia, teniendo en cuenta lo que se evidencia dentro del presente proceso, que la demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre, voluntaria, sin presiones y de conformidad con lo que establece el *artículo 13 de la ley 100 de 1993 en su literal b*.

Ahora, considera que respecto de la carga de la prueba, resulta desproporcionado colocar la carga de la prueba en la AFP y más aún en el caso particular en Colpensiones, teniendo en cuenta que es la más afectada en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación de la demandante se dio para el año 1999 queriendo decir que han transcurrido aproximadamente más de 20 años a la fecha, configurándose imposible probar las circunstancias que

rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental.

Respecto del deber de información, se aplica el *Decreto 663 de 1993*, que este deber solo se materializó a través de la *ley 1748 de 2014* y el *decreto 2071 del 2015*, pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para poder probar el consentimiento libre, voluntario, sin presión e informado, en cuanto a las leyes que surgieron entre el año de 1993 y 2014, manifiesta que no exigían nada diferente al formulario de afiliación, en donde el afiliado tenía la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo el caso aquí de la señora demandante, la cual suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado para el año de 1999.

Por otra parte, manifiesta se debe analizar si en la presunta falta de información se produce un efecto cierto o adverso como lo es perder el régimen de transición pensional o bien, se trata de una situación donde el afiliado una vez no puede trasladarse de régimen y por no hallarse de acuerdo con la mesada pensional como lo es el caso de la señora demandante, encuentra en esta clase de acciones la oportunidad ideal para obtener un beneficio indebido al buscar ignorar las normas que regulan de forma clara los términos y oportunidades en que debe surtirse la movilidad entre regímenes.

Siendo claro que, este último escenario, no es el objeto de protección ni de alcance de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que considera que tal proceder termina por socavar los principios fundamentales sobre los cuales se erige todo el sistema general de la seguridad social, como es la autonomía de la voluntad del afiliado y la libre elección del régimen.

Manifiesta que una persona que no ha estado afiliada por más de 20 años al Régimen de Prima Media pretenda ahora que el sistema sea solidario y quiera beneficiarse de aportes que no ha realizado, pues esto pondría en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones de las personas que, por el contrario, siempre han cotizado al mismo.

De manera subsidiaria, sustenta que en caso de no acogerse los argumentos propuestos solicita se condene al cumplimiento de la sentencia por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como lo son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y los demás a los que hubiera lugar

debidamente indexados por el periodo en el que permaneció afiliada la demandante al fondo privado.

Solicita que no se condene en costas, toda vez que considera no participó su representada en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre 2 partes ajenas al mismo.

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 **Blanca Cecilia Cabrera Quiñones** el día 17 de febrero de 1999; **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 consecencialmente 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 17 de febrero de 1999 con efectividad a partir del 1 de abril de 1999 (fl.27 carpeta 09 del 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 recordó 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: Consulta de viabilidad e historial de vinculaciones, resumen historial laboral OBP, Bono pensional, Historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos Porvenir S.A, relación de aportes, certificación de afiliación, respuesta solicitud de traslado de régimen pensional, formulario afiliación a pensiones obligatorias 17 de febrero de 1999, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día el 17 de febrero de 1999 , fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 17 de febrero de 1999, la demandante tenía 234 semanas (fl.34 del expediente digital), por tanto en términos del artículo

33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 11 de octubre de 1960 – fl43 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2020 (al 21 de noviembre de 2019 ha cotizado más de 1.296 semanas fl.49 del 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.

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir, 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 presentada 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.

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 **Blanca Cecilia Cabrera Quiñones** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A el 17 de febrero de 1999.

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 27 de septiembre de 2021 por el juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada 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.

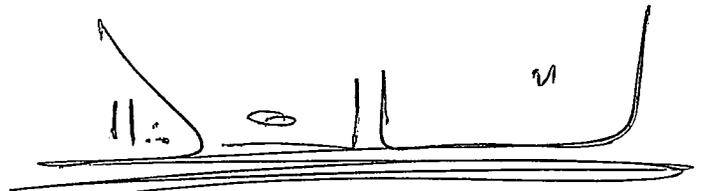
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502120200019101)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502120200019101)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502120200019101)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 19-2019-00322-01

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

DEMANDANTE: LAURENCIA SAMBONY CHILITO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN
AFP PORVENIR S.A
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR SA, COLPENSIONES) CONSULTA
COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada Porvenir SA, y Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 01 transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de septiembre 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 ELKIN FABIAN CASTILLO CRUZ con tarjeta profesional n.º 261.451 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para los efectos del poder que obra a folio 26 del expediente físico.

La parte demandada Colpensiones (fls.20-26) Foncep (fls. 4-6) y Porvenir SA (fls. 11-19) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 20 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **Laurencia Sambony Chilito** instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Protección SA, AFP Porvenir S.A y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 1 "medio magnético", con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se de aplicación al caso de la señora Laurencia Sambony Chilito el precedente jurisprudencia emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia contenido en las sentencias radicado Nro. 31314 de 2018, radicado 31989 del 2008, radicado 33083 de noviembre de 2011, radicado nro. 46292 del 3 de septiembre de 2014, y SL 17595 del 18 de octubre de 2017.
2. Que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen realizado por la señora Laurencia Sambony Chilito, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la afiliación realizada a la AFP Protección S.A, y posteriormente Horizonte hoy Porvenir SA, por el incumplimiento de los deberes legales de información y deber de asesoría a la demandante, los cuales generaron un error de hecho que vició su consentimiento.
3. Que se declare que la señora Laurencia Sambony Chilito, se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.
4. Que como consecuencia de lo anterior, declare que para todos los efectos jurídicos la parte actora siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida y advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado al régimen de ahorro individual no puede producir efectos al NO haberse realizado en forma libre, espontánea y al no haberse brindado la información pertinente.

CONDENATORIAS

1. Que como consecuencia de lo anterior se condene a Porvenir S.A y Protección S.A la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras.
2. Que se condene a Colpensiones, a reactivar la afiliación de la parte demandante considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al régimen de prima media con prestación definida.

3. Que se condene a Colpensiones, a recibir los aportes y rendimientos devueltos por Porvenir SA y Protección S.A, actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a disposición de la parte demandante.
4. Que se condene a la parte demandada sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.
5. Que se condene a la parte demandada al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión del proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda Colpensiones folio 70 expediente digitalizado carpeta 01, AFP Protección SA folio 170 expediente digitalizado carpeta 01 y AFP Porvenir SA folio 234 expediente digitalizado carpeta 01, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito, según auto del 28 de enero de 2020, así mismo posteriormente en audiencia del 19 de enero de 2021 el *A quo* ordenó vincular a la parte demandada a la antigua caja nacional de previsión hoy FONCEP.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 01 transitorio laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 14 de septiembre de 2021 **DECLARÓ** la ineficacia del traslado que realizó la señora Laurencia Sambony Chilito, identificada con Cédula de ciudadanía número 36271115 del régimen de Prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORTECCIÓN y efectuado el día 14 de diciembre de 1995, así como aquellas vinculaciones efectuadas a la AFP PORVENIR, **DECLARÓ** válidamente vinculada a la demandante Laurencia, Sambony Chilito, identificada con cédula de ciudadanía número 36271115 al régimen de prima media con prestación definida, administrada por COLPENSIONES, como si nunca se hubiese trasladado, conforme a los expuesto precedentemente **CONDENÓ** a la demandada, AFP PORVENIR, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora Laurencia Sambony Chilito, identificada con Cédula de ciudadanía número 36271115, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros sin descontar los gastos de administración, atendiendo las consideraciones expuestas **ABSOLVIÓ** a las demandas de las demás pretensiones incoadas en su contra **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, PORVENIR y PORTECCIÓN S.A. **DECLARÓ**

probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por FONCEP, Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN S.A, a favor de la demandante. Se fija la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de las mencionadas entidades ya accionadas.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Sustenta que su representada siempre actuó de buena fe en la relación jurídica aquí efectuada del traslado del régimen, que es una tercera de buena fe, que ni siquiera intervino en ese acto jurídico, en lo que corresponde a su afiliación.

Que el formulario de afiliación con ese fondo, tiene un formato impreso pero que cumple con los requerimientos del Decreto 692 del año 1994 y siendo este documento prueba suficiente de esa libertad de escogencia garantizada aquí a la afiliada.

Respecto al debate jurídico y a las condenas ya interpuestas directamente su representada, manifiesta que se pone de presente el cuestionamiento o el debate jurídico, que siempre fue acerca de la expectativa pensional que tiene la demandante, tal como quedó expresado tanto en la demanda como en el interrogatorio de parte y todas las pruebas allegadas al plenario, que no se logró demostrar una supuesta falta del deber de información, por el contrario, siempre se manifestó y siempre quedó demostrado ciertos actos de relacionamiento, pues aquí la demandante se afilia inicialmente a PROTECCIÓN y luego realiza un traslado horizontal con PORVENIR SA, manifiesta que se le informó ciertas características y beneficios.

Gastos de administración

Manifiesta que resulta improcedente la condena interpuesta, la evolución de los gastos de administración o comisiones, porque se está desconociendo la finalidad del artículo 1746 del Código Civil, en el cual las reglas sobre restituciones mutuas propenden garantizar y generar una equidad, en el sentido de que con la declaratoria ineficacia se busca garantizar o retrotraer todos los efectos, como si el acto jurídico del traslado no hubiese existido; pues se deja sin la correlativa compensación al fondo, pues ella tenía una obligación de ser mandataria y se pone de presente que estos gastos de administración simplemente se descuentan porque hay una obligación legal de la ley 100 de 1993 que permite y obliga a mi descontarlos, que estos gastos de administración se le tiene que dar el tratamiento

de expensas necesarias, de que trata el artículo del Código de Comercio en el sentido de que se realizan y se hacen por la buena gestión de la representada y que no pueden retrotraerse por su propia naturaleza, porque es que ya se encuentran consolidados, por tal razón, considera que aquí se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa y no se estaría generando la finalidad de las restituciones mutuas, de la que trata el artículo del Código Civil.

Que en el artículo 20 de la Ley 100 del 93, se establece que en el régimen de ahorro individual con solidaridad, de manera taxativa, el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas de ahorro pensional y un 0,5 de ese ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de pensión mínima y el 3 restante se destinará a financiar los gastos de administración, la primera es de reaseguro de FOGAFIN y las primas de seguros de invalidez y sobrevivencia. En este sentido, sostiene que se está ante unas obligaciones taxativas, que no resultan, en este sentido por qué se ordena la devolución si este contrato de seguro, de seguros previsionales, pues son de tracto sucesivo y una vez agotado el término por el cual se contrata, porque ya el devengado aquí, de manera definitiva, fue asegurado, manifiesta que aquí en ningún momento en el debate jurídico se pudo hablar o demostrar que estamos ante una pensión de sobrevivencia o invalidez, por lo cual aquí está obligación negocial se queda sin la correlativa compensación y que no tiene sentido esta orden de devolución, porque aquí con la devolución de estas sumas se está desconociendo y se está generando un desequilibrio económico y no solo eso, que no ha quedado demostrado algún tipo de sobrevivencia o algún tipo de aspecto que genere u ordene la devolución de estas sumas.

Que respecto de los demás emolumentos, rendimientos y aspectos aquí condenados también son reprochables en el sentido que sustenta que su representada siempre realizó gestiones y obligaciones de hacer, garantizando el cumplimiento a tal punto de que las cotizaciones realizadas por la demandante generen rendimientos. En este sentido, pues esta orden de devolver rendimientos ya implicaría no solamente un doble cobro, sino simplemente que mi representada no realizó una buena gestión y siempre actuó de buena fe. Finaliza

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

Deber de información:

Sustenta que la decisión se fundamentó en la falta del deber de información que, según tenían solo las AFP que brindar al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pasando por alto que para esa fecha la realidad del momento, según

la normativa aplicable en esa época, era la Ley 100 de 1993 y esta era es la aceptación libre, espontánea y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen; que se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto considera se dio a plenitud, según se deriva del formulario de afiliación suscrito y firmado por la demandante.

Que para la fecha de la suscripción y firma del formulario no existía en la ley 1748 del 2014, ni el Decreto 2071 del 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de brindar una doble asesoría a sus afiliados y así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar para el momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario de la materialización del traslado, en este asunto la Ley 100 de 1993, por lo que considera no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado del régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recurso, sino que, exige además, como lo expresa el artículo 29 de la carta política, el reajuste de las normas preexistentes al acto que se juzga.

Que la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y que viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto con base a que no tuvo en cuenta, al momento de proferir sentencia, el principio de la relatividad jurídica en torno a que COLPENSIONES es un tercero en este asunto y es de recordar que los actos jurídicos, en principio, tienen efectos Inter partes y las consecuencias que derivan de la celebración de este acto jurídico, solo en repercutir sobre las partes involucradas.

Que frente a la carga de la prueba se dice que recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP y al transportar lo señalado por la Corte en la sentencias referidas en primera instancia, a este tipo de decisiones, se encuentra que solo hasta el año 2016 los fondos privados estaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar con el conocimiento de asentamiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación, donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad. Es

por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

Que la accionante, ha permanecido en el RAIS por más de 24 años, por lo que la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada con la decisión adoptada, esto en cuanto a la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, consagrados en el art. 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 de 2005, donde el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, en el cual se hace una prohibición expresa que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Asimismo, sustenta que debe tenerse en cuenta que los recursos que recibe la administrada por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, esto se sustenta, además con la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004 y que, además, es reiterada en la C-062 del 2010.

Que en caso de llegarse a confirmar la decisión por parte del honorable Tribunal, ruega se mantenga la condena impuesta a la AFP, en el entendido, que esta debe reintegrar a COLPENSIONES la totalidad de la cotización que recibió por parte de la demandante, esto es, de los recursos de la cuenta individual, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas de administración y, en general, todos los aportes efectuados por la accionante a la AFP, igualmente, y que frente a las costas que COLPENSIONES ha actuado bajo los parámetros legales y no debe ser condenada en costas. Finaliza.

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) señora **Laurencia Sambony Chilito** el día 14 de diciembre de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Protección S.A. y AFP Porvenir SA devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados a los fondos privados, 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 Protección SA el 14 de diciembre de 1995 con fecha de efectividad del 01 de enero de 1996, que posterior a ello hubo un traslado horizontal de Protección S.A a AFP ING el 09 de mayo del 2000 con fecha de efectividad del 01 de julio del 2000 y que luego de ING queda en Horizonte SA desde el 06 de abril de 2005 con fecha de efectividad del 01 de junio de 2005 para finalmente por fusión de las compañías quedar en Porvenir SA el 01 de enero de 2014 con fecha de efectividad del mismo día. (folio 198 del expediente digital carpeta 01)

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, 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 Protección SA y AFP Porvenir S.A aportan, Formulario afiliación respectivamente,

histórico de movimientos SIAFP, resumen historia laboral consolidada, comunicados de prensa diario El Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 14 de diciembre 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 14 de diciembre de 1995, la demandante tenía 316 semanas (fl.195 expediente nro. 322 administrativo, digitalizado), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 38 años (nació el 29 de octubre de 1956 – fl.1 expediente digitalizado) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2016 (Actualmente ha cotizado más de 1525 semanas fl.268 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, 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 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 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 presentada 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.

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 **Laurencia Sambony Chilito** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a la AFP Protección SA el 14 de diciembre de 1995 con fecha de efectividad del 01 de enero de 1996, y los posteriores traslados horizontales que realizó entre las 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. 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 día 14 de septiembre de 2021 el por el juzgado 1° transitorio Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada 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.

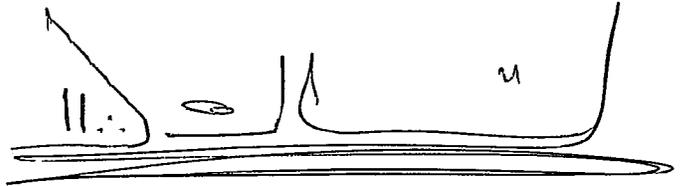
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501920190032201)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501920190032201)

Aclaro Voto



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501920190032201)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 14-2019-00405-01

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

DEMANDANTE: RAFAEL ANTONIO MONGUI LOPEZ

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

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colfondos S.A., Porvenir S.A., y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de septiembre 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.18 ss), la parte demandada Porvenir S.A. (fls. 4 ss) Colpensiones (fls.12 ss) presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 5 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Rafael Antonio Mongui Lopez instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, AFP Colfondos y AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 33 expediente digital con subsanación a folios 55, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad de la afiliación del demandante al RAIS realizada el 20 de febrero del año 1996 a la administradora AFP Colfondos S.A.
2. Se declare que el demandante continúa válidamente afiliado al RPM hoy administrado por Colpensiones.
3. Se ordene a Porvenir S.A. a trasladar con destino a la administradora del RPM Colpensiones, los valores consignados a la cuenta de ahorro individual del actor, por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones, correspondientes al periodo transcurrido entre el 1 de abril de 1996 a la fecha o hasta la fecha que se efectuó el traslado.
4. Se ordene a Colpensiones recibir los aportes de la seguridad social que le sean trasladados por parte de Porvenir S.A., con sus rendimientos correspondientes a nombre del demandante.
5. Se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas Colfondos, Colpensiones y Porvenir.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda AFP Colfondos S.A. (fls.68-79 expediente digital), AFP Porvenir SA (fl.141-159 expediente digital) y Colpensiones (fl.172-184 expediente digital) de acuerdo al auto del 27 de agosto de 2019. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 9 de septiembre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó el

Expediente: 11001310501420190040501

demandante, Rafael Antonio Monguí López del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el ISS, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por Colfondos S.A. **ORDENÓ** a Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la filiación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con frutos, intereses y rendimientos. **ORDENÓ** a Colfondos S.A. y Porvenir S.A. reintegrar a Colpensiones de su propio patrimonio e indexados los deterioros sufridos por los recursos administrados al actor, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros. **ORDENÓ** a Porvenir SA, que realice todos los trámites tendientes a normalizar la afiliación del demandante en el sistema de información de administradoras de fondos de pensiones y entregar a Colpensiones, archivo y detalle de los aportes realizados por el actor durante toda su permanencia en el RAIS. **ORDENÓ** a Colpensiones que acepte el actor en el régimen de prima media, reactive su afiliación y corrija su historia laboral conforme a los dineros que se le traslade del RAIS. **DECLARÓ** no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas. **CONDENÓ** en costas a cargo de Colfondos S.A. y a favor del demandante, se fija como agencias en Derecho suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. **ORDENÓ** el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACION

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

Señala que se opone respecto a que se devuelvan los dineros de que trata el numeral tercero, de forma indexada a Colpensiones, actuación que se le está imponiendo mediante esta sentencia judicial y que no es de recibo, ya que los dineros que se encontraban en la cuenta de ahorro individual del autor, estos ya fueron trasladados a la AFP posterior, en donde se encuentra en la actualidad, y estos tenían incluidos unos frutos y rendimientos, por lo tanto dice, esto estaría en contravía, ya que Colpensiones tendría un enriquecimiento sin justa causa, ya que dichos dineros, en primer lugar, ya no están en cabeza de Colfondos, se encuentra en cabezada de Porvenir.

Señala en segundo lugar, que no es pertinente que se ordene la indexación de esas sumas, ya que por estar aún en poder de la AFP, los saldos de la cuenta de ahorro individual estos están produciendo unos rendimientos mínimos que evita o compensa la pérdida del poder adquisitivo de dicho rubros.

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

Solicita que sea revocado en su integralidad del fallo proferido por el juzgado de primera instancia y, de manera subsidiaria en caso tal de que se considere que la decisión debe ser confirmada, se revoca parcialmente, en lo relacionado con la condena de devolución de gastos de administración y pagos de seguros previsionales.

Solicita se revoque el fallo por cuanto señala no encuentra conforme a las reglas de la lógica y la sana crítica a la interpretación realizada por el despacho de primera instancia respecto del interrogatorio de parte y las razones expuestas por el demandante. Solicita se evalúe nuevamente lo depuesto por el demandante para que en interpretación con las reglas de la lógica y la sana crítica, se puede arribar a la conclusión de que no hubiese importado qué información se le hubiese suministrado al demandante, pues en su psiquis no le era relevante su futuro pensional, sino permanecer en los trabajos en los que se encontraba de manera consecuyente.

Respecto de los gastos de administración, dice que estos, tanto los gastos como lo descontado por seguro previsional, son un descuento que se hace por mandato legal y no por un capricho de las AFP. Indica que desde que entró en vigencia la Ley 100 del 93, así se estableció, los gastos de administración, pues evidentemente encaminados al buen manejo de la cuenta de ahorro individual que es la que termina generando los rendimientos financieros, que, en caso de ser confirmado el fallo, van a ser trasladados a la administradora de destino y el pago de seguros previsionales, los cuales menciona la normatividad los establece para que se puedan atender las contingencias de invalidez y muerte del demandante.

Señala que ninguno de los dos emolumentos mencionados anteriormente corresponde a un cobro caprichoso por parte de Porvenir, sino un mandato legal que está evidentemente obligada a acatar.

Refiere el concepto de la Superintendencia financiera del 15 enero 2020, que establece que cuando sea necesario trasladar recursos del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida solo deberá trasladarse lo que contenga en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, los aportes a la garantía de pensión mínima con sus correspondientes rendimientos, respetando la destinación de los aportes, así como lo descontado por gastos de administración y pago para seguros previsionales.

Aunado diciendo que los gastos de administración ya fueron gastados durante el tiempo en el que se administraron los recursos y el pago de seguros previsionales, pues ya se encuentra en cabeza de la aseguradora que ha prestado la cobertura durante todo el tiempo que el demandante ha permanecido afiliado a esta AFP, por lo que dice que no es dable devolver las cosas a su estado anterior, en virtud de una interpretación que se hace de un hecho consolidado, desprendido de la sentencia, SL 373 de 2021 de la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, que establece que cuando los hechos consolidados involucran a terceros, no es dable retrotraer las cosas a su estado original.

Expediente: 11001310501420190040501

Solicita que, en caso de que se considere que eventualmente deben ser devueltos tanto los gastos de administración como el pago de seguros previsionales, que se aplique el fenómeno de la prescripción. Menciona que no es dable alegar que para la mesada pensional se puede aplicar el fenómeno de la prescripción respecto de las mesadas adeudadas, pero no respecto de los gastos de administración descontados y pagos de seguros previsionales que fueron descontados, por lo que dice que aplicando la interpretación de cómo funciona el fenómeno de la prescripción, solo se le sería dable a esta AFP retornar los gastos de administración y los pagos de seguros previsionales descontados durante los últimos 3 años.

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

Solicita a los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá se revoque la sentencia proferida, teniendo en cuenta que, el A-quo al momento de dictar la sentencia no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor y Colfondos, en razón a que todos los actos jurídicos tienen plenos efectos jurídicos Inter partes, por lo cual, independientemente de la decisión adoptada por el juez, en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado Colpensiones no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma, pues como se ha manifestado Colpensiones nada tuvo que ver con la decisión adoptada por el demandante al momento de suscribir el formulario.

Pide al Tribunal que no se le condene a recibir al demandante como afiliado al régimen de prima media, señala que esta decisión de declaratoria de inexistencia estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social, establecido por el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 de 2005. Indica que en caso de esta condena debe tenerse en cuenta el impacto en el Producto Interno Bruto y en la reserva pensional, que dice, día a día se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos.

Solicita a la sala que se estudie este escenario, en el cual la AFP que faltó a su deber legal de información no acarrea graves consecuencias con la posible declaratoria de inexistencia, pero Colpensiones que es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico, si las acarrearía, pues dice que con el regreso del actor al régimen de Prima media existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos, lo cual genera un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones y la reserva Presupuestal que destina para tal fin,

Solicita también se tenga en cuenta la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, el cual se modificó por el artículo 13 de la Ley 100 del 93, en la cual se señala una prohibición del cambio de régimen, siempre y cuando estos le faltaban menos de 10 años para adquirir el estatus de pensionado.

Manifiesta que en caso de que se mantenga la orden a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir, los recursos de cuenta individual de ahorro, cuotas, Fondo de Garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales,, porcentaje de unos pagos de seguros previsionales y los gastos de administración, solicita al Tribunal se condene a la AFP, que incumplió su deber legal de información al afiliado a que pague a Colpensiones los perjuicios económicos que ello genera para la misma, esto lo solicita en virtud de la teoría del daño del Derecho civil, quien causa el daño es quien debe repararlo no un tercero en un acto jurídico, como dice lo es Colpensiones.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el(la) señor(a) **Rafael Antonio Mongui Lopez** el día 20 de febrero de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir S.A. y AFP Colfondos S.A. 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 Colfondos SA el 20 de febrero de 1996 con efectividad a partir del 1 de abril de 1996, posteriormente solicito traslado a la AFP Porvenir S.A. el 29 de octubre de 1999 con efectividad a partir del 1 de diciembre de 1999 (fl.106 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 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 Colfondos S.A. aporoto: articulo de El Tiempo, estado cuenta de ahorro individual. AFP Porvenir S.A. aporoto: Formulario afiliación, SIAFP, certificado de afiliacion, relación histórica de movimientos, certificado de cuenta individual, relación de aportes, historia laboral OBP, comunicado de prensa El Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 20 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 20 de febrero de 1996, el(la) demandante tenía 404 semanas (fl 21 expediente digital) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 27 de octubre de 1961 – fl.2 expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría pensionarse en el año 2023 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.482 semanas – fl.21 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, 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 AFP Colfondos.

Ahora bien, conforme el punto de apelación de la demandada Porvenir con relación a que al demandante se le brindo la información, pero que para éste la información suministrada no era importante porque no le era relevante su futuro pensional 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

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

Ahora bien, conforme el punto de apelación de la demandada 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. (...)”

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 **Rafael Antonio Mongui Lopez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Colfondos el 20 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 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 9 de septiembre de 2021 por el juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá

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



MARGELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501420190040501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501420190040501)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501420190040501)