EXP. 21 2022 00167 01

Itamar Erazo Caicedo contra Colpensiones y otros.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.**

**SALA LABORAL**

**Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.**

**PROCESO ORDINARIO DE ITAMAR ERAZO CAICEDO CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR, COLFONDOS y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 29 de noviembre de 2023 por la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

**ANTECEDENTES**

Por medio de apoderado, ITAMAR ERAZO CAICEDO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado a través de PORVENIR, por el incumplimiento del deber de información. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR trasladar los aportes, rendimientos, utilidades, ahorros, bonificaciones, intereses, bonos pensionales, y cualquier otra que exista o se pueda generar a favor del demandante, y se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado, de igual manera se condene a las demandadas al reconocimiento de perjuicios morales (ver demanda folios 04 a 26 archivo 01, y subsanación folios 08 a 30 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones. Afirma que al expediente no se aporta prueba que acredite que al demandante se le hubiese hecho incurrir en algún error por falta al deber de información por parte de la AFP o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Tampoco alguna nota de protesto que permita inferir con *probabilidad de certeza* que se encontraba inconforme con el régimen al que estaba afiliado. Por el contrario, las pruebas documentales dan cuenta de que la afiliación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria, *sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.* Advierte que en el presente caso no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 por lo que no es procede el traslado de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: *Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica* (ver contestación folios 3 a 32 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado de régimen pensional y el posterior traslado horizontal que efectuó el demandante son válidos como quiera que estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, aduce la existencia de un error de derecho que no genera nulidad, y que se no aporta prueba de que el acto de traslado se realizara bajo algún vicio del consentimiento que lo haga nulo. Sostiene que no es viable que el demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse dentro del términos legales, pero no lo hizo. Propuso en su defensa, la excepción previa de *no comprender la demanda a todos los litisconsorcios necesarios*, y las excepciones de fondo las de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación folios 02 a 31 archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En audiencia realizada el 02 de mayo de 2023, la *a quo* al resolver las excepciones previas dispuso vincular como litisconsortes necesarios por pasiva a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., ING – COLMENA hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia)

COLFONDOS S.A. se opuso a todas las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente vinculado al RAIS acto que se realizó con el lleno de los requisitos legales, de manera libre y voluntaria, en el cual la demandante resolvió afiliarse al RAIS y someterse a todas las características y exigencias del régimen, en ejercicio de la libertad de selección. Formuló como excepciones de mérito *prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, prescripción, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación pen la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligaciones administrado por COLFONDOS S.A., inexistencia de perjuicios, prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios por nulidad del traslado y la inexistencia de prueba de perjuicios* (ver contestación folios 3 a 18, archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A. se opuso igualmente a las pretensiones, en especial, a que se declarare la nulidad o ineficacia del traslado que efectuó la demandante a ese fondo, en razón a que se trata de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo conforme al formulario de vinculación que en forma libre y espontánea suscribió y con el que se solemnizó su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato y que generó derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada. Asegura que el acto jurídico cumplió todos los requisitos de existencia y validez, y produce todos los efectos jurídicos. Estima improcedente para la demandante soportar la ineficacia en sus expectativas económicas respecto del valor de su mesada pensional por vejez, pues la forma como se liquida la pensión en ese régimen está prevista en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Señala que no es procedencia de la condena en perjuicios al no acreditarse en este asunto el daño del cual se pueda derivar esa condena. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de la administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones* (ver contestación folios 3 a 26 del archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado, COLFONDOS SA llamó en garantía a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA SA (Archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia) el cual se admitió por auto del 28 de julio de 2023 (archivo 23, del expediente digital, trámite de primera instancia).

Enterada de la demanda, la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA SA la contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones en cuanto afecten a esa entidad. Afirma que el demandante se afilió de manera voluntaria al RAIS y un error de derecho no vicia el consentimiento, además el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado, y COLFONDOS ha obrado de buena fe.

Propuso como excepciones: *las excepciones formuladas por la entidad que efectuó el llamamiento en garantía a mi procurada, afiliación libre y espontánea del señor ITAMAR ERAZO CAICEDO al régimen de ahorro individual con solidaridad, error de derecho no vicia el consentimiento, prohibición del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, el traslado entre administradoras del RAIS denota la voluntad del afiliado de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad y consigo, se configura un acto de relacionamiento que presupone el conocimiento del funcionamiento de dicho régimen, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de traslado por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe*, *prescripción, buena fe y la genérica o innominada.* Frente al llamamiento, afirma que es improcedente, pues el objeto de la póliza fue amparar sumas adicionales para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, dentro de la vigencia de la póliza, esto es, del 02/05/1994 al 31/12/2000, por lo que no existe ninguna obligación de restituir la prima de conformidad con el artículo 1070 del Código de Comercio. Dice que la prima fue debidamente devengada de manera sucesiva tal como lo acordaron las partes, quienes gozaron de autonomía plena para acodar la forma de pago. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *inexistencia de obligación de restitución de la prima del seguro previsional al estar debidamente devengada en razón del riesgo asumido, inexistencia de obligación a cargo de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. por cuanto la prima debe pagarse con los recurso propios de la AFP cuando se declara la ineficacia de traslado, la ineficacia del acto de traslado no conlleva la invalidez del contrato de seguro previsional, la eventual declaratoria de ineficacia de traslado no puede afectar a terceros de buena fe, falta de cobertura material de la póliza de seguro previsional No. 0209000001, prescripción extraordinaria de la acción derivada del seguro, aplicación de las condiciones del seguro y cobro de lo no debido* (ver contestación archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 29 de noviembre de 2023 mediante la cual la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor ITAMAR ERAZO CAICEDO al régimen de ahorro individual el 9 de MARZO de 1998, con fecha de efectividad el 1 de mayo de la misma anualidad, por intermedio de COLFONDOS S.A., quedando por la ineficacia también los traslados realizados con posterioridad a COLMENA e ING HOY PROTECCIÓN y a PORVENIR S.A., en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. y a*

*PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA e ING, a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un 1 mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontaron de los aportes realizados por el señor ITAMAR ERAZO CAICEDO, por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, desde el nacimiento del acto ineficaz y/o la afiliación A cada uno de los fondos durante el tiempo de permanencia del demandante con cada una de los mismos, con cargo a sus propios recursos y utilidades. TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. ultimo fondo al que se encuentra actualmente afiliado el demandante a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo de este, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado horizontal y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor ITAMAR ERAZO CAICEDO, Para ello se le concede el término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historial laboral. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, así como la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. frente a la demanda principal, conforme a lo motivado. SEXTO: DECLARAR PROBADA la excepción propuesta por ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. relacionada en la parte motiva frente al llamamiento en garantía, denominada inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de traslado por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.*

*SÉPTIMO: ABSOLVER a la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. de acuerdo a lo manifestado en la parte motiva de esta providencia. OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a las demandadas y a favor del demandante. Liquídense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de COLFONDOS S.A. y la suma de $150.000 a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR, para cada una de ellas. NOVENO: CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a cargo de COLFONDOS, a favor de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., en virtud del llamamiento en garantía efectuado. Liquídense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de $250.000. DÉCIMO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito de Bogotá Distrito Capital en favor de los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente.*” (Audiencia virtual, récord 1:11:38, archivo 41 del expediente digital, trámite de primera instancia).

**RECURSOS DE APELACIÓN**

En el recurso de COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia. Afirma que la afiliación del demandante se llevó a cabo de manera libre, voluntaria y con las solemnidades legales. Señala que para la fecha del traslado el único requisito era el formulario de afiliación, el que se encuentra satisfecho. Dice que el demandante ante la imposibilidad del traslado y al no encontrarse de acuerdo con la mesada pensional encontró en esta clase de acciones el camino para un aprovechamiento indebido del sistema. Solicita, en caso de confirmarse la sentencia, que se condicione su cumplimiento al traslado de los dineros ordenados. Solicita no se le imponga condena en costas, por tratarse de un tercero de buena fe1 (Audiencia virtual, récord 1:15:36, archivo 41 del expediente digital, trámite de primera instancia).

*1 “Gracias señoría siendo esta la oportunidad procesal pertinente de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el honorable tribunal laboral de Bogotá para que revoque lo concerniente a la sentencia acabada de proferir que declara la ineficacia del traslado y tiene como afiliación valida la del régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, se ordena a Colpensiones a actualizar la historia laboral , activar la afiliación de demandante y la condena en costas es de tener en cuenta que el traslado que realiza el demandante se llevó a cabo de manera libre voluntaria sin presión y en cumplimiento de las solemnidades legales respecto a la carga de la prueba y al deber de información en este caso particular la más afecta es Colpensiones esto ateniente a la sostenibilidad financiera más que la afiliación se dio para el año 1998 queriendo decir esto que han trascurrido aproximadamente más de dos décadas a la fecha configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon el traslado fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo aunque la corte suprema utiliza como aplicación del deber de información del decreto 663 de 1993 se debe tener en cuenta que este solo se materializo atreves de la ley 1748 del* 8 EXP. 21 2022 00167 01 Itamar Erazo Caicedo contra Colpensiones y otros.

En el recurso de PORVENIR S.A. pide que se revoque la sentencia. Afirma que el antecedente jurisprudencial no se puede aplicar de manera homogénea a todos los casos, pues debe existir una similitud en las condiciones fácticas que considera no se da en este caso. Dice que el demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, con el cumplimiento de los requisitos previstos para la época del traslado. Señala que las condiciones, características, ventajas y desventajas de las AFP se encuentran previstas en la Ley 100 de 1993, lo que puedo el demandante validar en cualquier momento. En su calidad de consumidor financiero debía actuar con la debida diligencia y obtener información suficiente relacionada con el acto jurídico. En relación con los rendimientos, dice que no tiene sentido que ante la declaratoria de la ineficacia se ordene su traslado a COLPENSIONES, contrario a ello, en virtud de las restituciones mutuas, al trasladar los frutos se deben reconocer los gastos en que se incurrieron para generar los mismos. Señala que no hay razón de orden jurídico para ordenar el traslado de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, y los fondos de garantía de pensión mínima, pues son de orden legal y cumplieron con su finalidad. Solicita que se revoque la orden de indexación, como quiera que esta se compensa con los rendimientos, tal como lo han expuesto otros Tribunales, como el de Medellín, Cali y Cundinamarca2 (Audiencia virtual, récord 46:57, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

*2 “Gracias su señoría respetuosamente me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia pidiendo al honorable tribunal superior de la sala laboral se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al rais así como las condenas interpuestas en contra de mi representada conforme a las siguientes consideraciones en primer lugar que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la honorable corte suprema de justicia también esta corporación nos indica que el mismo no se puede aplicar de una manera homogénea en todos los procesos en donde se solicite la nulidad o ineficacia de la afiliación por el incumpliendo del deber de información en efecto debe existir una similitud en las condiciones fácticas en cada uno de los casos situación que para mi representada no se dio en el presente asunto pues el demandante realizo válidamente su traslados de régimen pensional de una forma voluntaria libre y sin presiones informada y todo esto de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado igualmente el traslado realizado ante mi representada en el año 2006 debe aclararse que no se pedía la información en los términos que fueron reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de instancia ahora bien con la independencia de la información que se le entrego al momento de los varios traslados que realizo las condiciones, características ventajas y desventajas del régimen se encuentran establecidas en la ley 100 de 1993 por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por parte de todas las afp teniendo en cuenta que por otra parte de Colfondos se dio el traslado inicial por más de una hora sin embargo en el interrogatorio de parte el único argumento del demandante fue decir que no se acordaba pero no tiene sentido que en una reunión de una hora únicamente se le mencione que el seguro social para esa fecha entraría en quiebra de igual manera y como todo consumidor financiero el demandante con mediana diligencia debió por lo menos obtener información suficiente sobre el acto jurídico que estaba celebrando con mayor razón con los datos relevantes que le permitieran precisar las consecuencias de esta decisión estaban claramente determinadas en las normas legales de común conocimiento con relación a los rendimientos debe señalarse que al ser declarada la ineficacia del traslado el efecto natural de esto implica que los recursos como rendimientos deberán corresponder con los que hubiera generado la reserva del seguro social hoy Colpensiones y no a los que se han venido generando en el régimen de ahorro individual pues no tiene sentido el traslado de rais que no surtió un efecto legal se obligue a a trasladar los rendimientos propios de este régimen en caso contrario por efecto de las restituciones mutuas al trasladar los frutos del traslado de régimen donde se prevé que nunca éxito la afiliación como consecuencia los gastos que se incurrieron para poder administrar el pago de estos aportes gastos que se sintetizan en las comisiones de administración las primas de seguros previsionales ambos rubros fueron gastos de acuerdo al cumplimiento de una obligación legal y que cumplieron digamos que toda su finalidad ya q en el caso de los seguros previsionales ya que al dia de hoy se le está prestando plena cobertura de los rubros anteriormente mencionados adicionalmente no hay ninguna razón de orden jurídico para que se ordene la remisión a Colpensiones de las sumas aportadas con destino a los fondos de garantía de pensión mínima y que estos se hagan a cargo de los propio recursos de las administradora demandada pues no tiene sentido que permanezcan en el fondo cuyo propósito ya no beneficiaria al afiliado y si ello es así pues no se encuentra una razón que justifique que estas sumas no estén en poder de la administradora y sean remitidas con cargo a los propios recursos de esta ello equivaldría a una sanción injustificada sin ninguna correlación con los efectos jurídicos de una ineficacia ni mucho menos con restituciones que con ello puedan entregar en efecto como lo ha entendido la sala de consulta y servicio civil del consejo de estado en la consulta del 3 de agosto del 2022 pues se examinaron algunas decisiones y se determinó que lo relevante es cerciorarse que en el régimen pensional en donde se encuentra el cotizante estén también sus aportes pensionales y en consecuencia a un cambio de régimen podra cubrirse con los aportes sin salvedad y excepción alguna finalmente les solicitamos a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objetos de las condenas interpuestas a mi representada en la medida de que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos que se encontraban en la cuenta individual del demandante dicho as pues bien lo ha venido señalando los tribunales superiores de distrito de CUNDINAMARCA, MEDELLÍN y de CALI en sentencia tales como la 01 82 01 94 73 en la cual se ordenó que no era viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de los recursos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda y pues en el caso particular evidenciamos que el 71% de los valores que se encuentran como aportes se han generado gracias a las inversiones juiciosas de la afp es por todo lo anterior su señoría dejo presentado mi recurso muchas gracias.*”.

En el recurso de COLFONDOS S.A. pide que se le absuelva de las pretensiones de la demanda. Afirma que la asesoría que se brindó al demandante al momento del traslado de régimen lo fue con apego a la normatividad vigente para la época, sin que se le pueda imponer al fondo obligaciones adicionales. Recuerda las obligaciones de los consumidores financieros, por ello la permanencia en el RAIS ratifica la voluntad del afiliado. Señala que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, por ello el afiliado debe asumir las consecuencias del traslado. Considera que si se declara nula afiliación no hay lugar a devolver los gastos de administración, comisiones primas de seguros previsionales y los descontado con destino al fondo de garantía de pensión mínima3 (Audiencia virtual, récord 46:57, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

*3 “Muchas gracias su señoría en nombre y representación de Colfondos me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir su despacho porque nos encontramos jurídicamente inconforme con ella nuestro fundamento jurídico y el sustento que sirve para este recurso es que nos están condenando porque no tenemos prueba de como asesoramos a el demandante hace más de 20 años y para el aquel entonces como ahora también lo es esas asesorías son de manera verbal lo que consecuentemente nos lleva a probar que la única forma de probar una asesoría fuera de manera verbal era una grabación y Colfondos para esa época más de 20 años no contaba con esa tecnología para grabar todas y cada una de las asesorías que les brindábamos a nuestros potenciales afiliados además esa exigencia legal no surge si no a partir de la ley 1748 de 2014 decreto 2071 de 2015 y la circular externa 16 de 2016 de la superintendencia financiera que quiere decir esto señores magistrados que al momento en que se produjo la afiliación es decir el año de 1998 no estaban los fondos de pensiones obligados a guardar un soporte a manera de grabación de la información que le brindábamos a nuestros futuros afiliados asi las cosas el análisis de la información suministrada por Colfondos y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación pues deben ser valoradas con la normatividad aplicable a la fecha del formulario de afiliación es decir cuando se materializa el traslado cuando suscribe el demandante el formulario de afiliación con Colfondos porque es necesario que esto se aplique porque no es válido ni jurídicamente razonable imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos al momento del traslado de régimen pues tal exigencia desvirtúa el principio de eficacia legitima y también contraria el principio o el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la constitución política este establece que se aplicara a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas también estipula que nadie podrá ser juzgado si no conforme a las leyes preexistentes al acto jurídico que se le imputa teniendo en cuenta lo anterior y todas las aseveraciones en cuanto a los fallos decididos por la corte que sirvieron de base para que la señora juez sustentara la sentencia que acaba de proferir condenando a Colfondos y tenemos frente a eso el siguiente pronunciamiento la corte suprema de justicia y los fallos que han proferido con relación a este tema hacen que la interpretación del articulo 16 04 del código civil que sustenta la misma corte recaiga la responsabilidad en cabeza de los fondos y que convierta en una responsabilidad de carácter objetivo toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestra la existencia de algún vicio o dolo al momento de afiliarse al rais pero si obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza de la parte demandante en ese sentido vale la pena también citar el decreto 2241 del 2010 que establece el régimen de protección al consumidor financiero y este determina las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al sistema general de pensiones y establece que existen deberes mínimos en cabeza de los afiliados dentro de los cuales se destaca que el silencio en el transcurso del tiempo se tendrá como una decisión consciente de permanecer al régimen seleccionado y estamos hablando de un silencio por mas de veinte años de tal manera que el decreto 2241 que acabo de mencionar debe ser tenido en cuenta al momento que los honorables magistrados estudien el fallo que se acaba de proferir y el recurso que estoy interponiendo para su pronunciamiento respectivo y por eso se lo solicitamos de manera muy respetuosa aunado a lo precedido el artículo noveno del código civil hace referencia a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa por su parte corte suprema de justicia en sentencia c-093 del 2006 señalo que el error de derecho no da lugar a*

**CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince

(15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (…) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (…)*”.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 344 años de edad y había cotizado 398.95 semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 6 años, 6 meses y 3 días)6, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 58 años de edad- ver folios 69 del archivo 09 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción 7, 8. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *“(…) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido:

(i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias*». Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces,*

*7 Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(…) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

*Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.*

*8 Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

*como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”*; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y,

(iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues COLFONDOS no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión de forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante.

Allí dijo que en la empresa donde trabajaba les hicieron una reunión masiva y un asesor les dijo que el gobierno no podía cumplir con todas las pensiones otorgadas, y nada le explicaron sobre lo que iban a recibir en uno y otro régimen (Audiencia virtual del 21 de noviembre de 2023).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019,

M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo bonos pensionales, rendimientos los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, gastos de administración, comisiones y las primas de seguro previsional debidamente indexados, a cargo de esta y de COLFONDOS SA y PROTECCIÓN SA. Así lo definió la Sala Laboral de la Corte (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el criterio de la Corte que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 19939), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible como se solicita en el recurso, que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

Igualmente se CONFIRMARÁ la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación folios 3 a 32 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLFONDOS.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**1. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

**2. CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.

**3. COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLFONDOS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

**INCLÚYASE** en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS ($1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado