



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 38-2018-00329-01

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: CLARA PAULINA TRIANA SOLANO  
DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PORVENIR SA  
ASUNTO : APELACION DEMANDANTE

**SENTENCIA, PRESENTADO POR EL SUSCRITO PONENTE A LA SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de enero de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (folios 164 a 167), así como de Colpensiones (folio 204 a 205) y Porvenir Sa (fl. 169 a 173 – 194 a 201) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) **CLARA PAULINA TRIANA SOLANO** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**Declarativas:**

- Que la demandante fue inducida a error grave por parte de la AFP PORVENIR SA, al haber omitido información completa, veraz e imparcial

sobre los beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos relacionados con la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual.

- Que se declare ineficaz la afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR SA.
- Que se declare vigente la afiliación de la demandante al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

#### **Condenas:**

- A la AFP PORVENIR SA a comunicar a COLPENSIONES la ineficacia de la afiliación a ese fondo de la demandante.
- A la AFP PORVENIR SA a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes cancelados desde noviembre de 1996, por la indebida afiliación de la demandante.
- A la AFP PORVENIR SA a incluir dentro del valor de los aportes el 100% de los aportes efectivamente cancelados por la indebida afiliación, con los rendimientos que por ellos se han generado.
- A AFP PORVENIR SA a trasladar a COLPENSIONES la historia laboral de la demandante, por el tiempo que ha venido cotizando al mismo.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 56 a 82) y PORVENIR SA (fls. 101 a 132), de acuerdo al auto visible a folio 134. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 38° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 24 de enero de 2020, **Absolvió** a la AFP Porvenir SA y a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante CLARA PAULINA TRIANA SOLANO. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se relevó del estudio de las propuestas. **Costas** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandante** apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que el traslado de régimen pensional no puede mirarse como un simple contrato de adición, pues la Ley establece unas obligaciones específicas para las AFP para la asesoría en la información que le deben brindar las personas al momento de la afiliación, pues no es cierto, que solo en la actualidad existe la obligación de las administradores de pensiones, pues el Decreto 720 de 1994 ya establecía las obligaciones que deben cumplir, tanto los afiliados, como las administradores de pensiones, y les establece la carga de brindar una asesoría completa y detallada sobre las ventajas y desventajas de estar o no afiliado a determinado régimen. Así pues, quedó acreditado que el asesor se dirigió a cada puesto de trabajo, a cada compañero de trabajo para pedirle una información y recepcionar la firma del formulario, sin darles mayor información, aprovechándose de la situación que en su momento estaba atravesando el ISS, quedando acreditado que no se le brindo la suficiente información de cómo se conformaría la cuenta de

ahorro individual de la demandante, operando la carga dinámica de la prueba, quedando a cargo de Porvenir acreditar que brindó la información, que en realidad no logró probar en el plenario.

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

#### CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) **CLARA PAULINA TRIANA SOLANO** el día 08 de octubre de 1996 con efectividad a partir del 1º de diciembre de 1996; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y 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 él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 08 de octubre de 1996, con efectividad a partir del 1 de diciembre de 1996 (fls. 112).

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 del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292

de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

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

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las mas de 19 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.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 56 a 82) y PORVENIR SA (fls. 101 a 132). Colpensiones: aportó expediente administrativo e historia laboral de la demandante, Porvenir SA: formato de afiliación, historia de vinculaciones del SIAFP, sábana de bono pensional, historia laboral, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 08 de octubre 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 la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)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, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Alejandra Castro (fl. 111), 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.

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.

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, estableciendo 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 Porvenir SA.

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del extinto ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 08 de octubre de 1996, y en consecuencia condenar a Porvenir SA a la *devolución* a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso por los gastos de administración en que hubiere incurrido; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a *aceptar* dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

#### **EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

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 confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

#### **COSTAS:**

Sin costas en esta instancia. Las de prima a cargo de las demandadas.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO:** **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE de COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 08 de octubre de 1996, y en consecuencia condenar a Porvenir SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso por los gastos de administración en que hubiere incurrido; y **ordenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de prima a cargo de las demandadas.

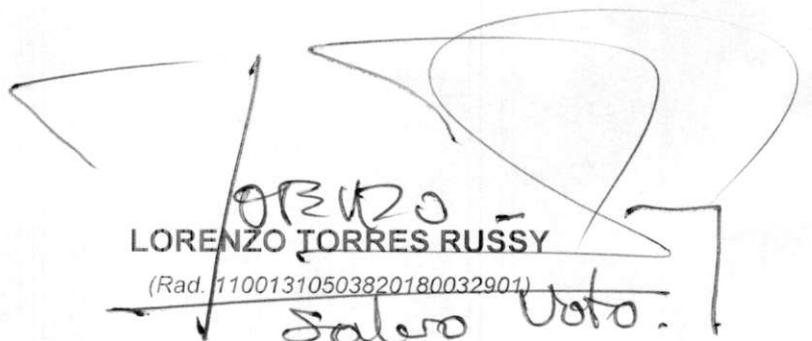
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310503820180032901)



**LORENZO TORRES RUSSY**  
(Rad. 11001310503820180032901)  
Salvo voto.



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**  
(Rad. 11001310503820180032901)  
Ademision de voto.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Salva Segunda Labora

## SALVAMENTO DE VOTO

Proceso

CLARA PAULINA TRIANA VS COLPENSIONES Y OTRA.

Respetuosamente salvo voto, por las razones que expongo a continuación:

El deber de información para la época en que ocurrió el traslado de régimen pensional de la parte actora, no demandaba un contenido como el que se enuncia en el proyecto, ya que la elección de régimen no conlleva un derecho subjetivo a un determinado monto pensional, sino la elección de como se va a financiar la pensión.

Para juzgar la ineficacia del traslado de régimen pensional, en virtud de la autonomía de la seguridad social y del principio de integración, hay que recurrir a las normas contenidas en la Ley 100 y sus decretos reglamentarios, que regulan tanto la figura de la ineficacia del traslado en el artículo 271, como en el Decreto n° 720 de 1994, al establecer la responsabilidad por los perjuicios causados por la AFP.

Para la aplicación del precepto contenido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no hay presupuesto procesal, porque la competencia para vigilar el derecho a la libre elección de régimen e imponer las sanciones correspondientes, está asignado a la autoridad administrativa allí señalada.

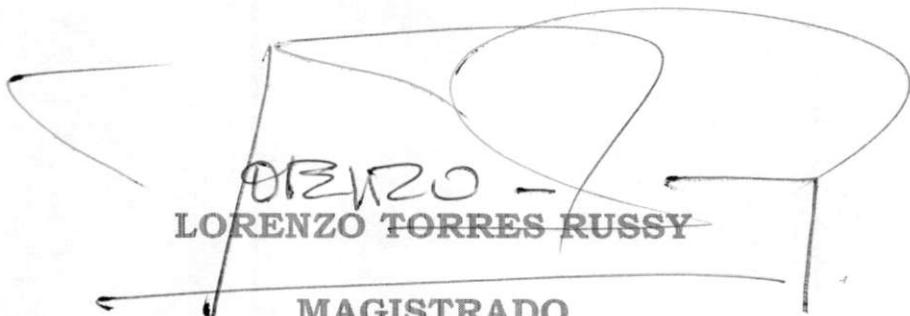
Sobre el resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado por el incumplimiento en el deber de información o la deficiencia del mismo, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, establece que la responsabilidad corresponde a la AFP.

Las normas del Código Civil y las del Código de Comercio que regulan la nulidad y la ineficacia de pleno derecho, respectivamente, no son aplicables en materia de seguridad social, por encontrar regulada íntegramente la ineficacia de la afiliación en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En lo que a Colpensiones corresponde: es un sujeto de derecho ajeno a la decisión del afiliado, la ley no le asigna ninguna responsabilidad frente a la misma ni a los actos de un tercero porque no intervino y, en consecuencia, ninguna responsabilidad ni condena pueden imponerse a su cargo y, se le irroga un gran perjuicio, al devolverle un afiliado que en toda su vida laboral no cotizó, es decir no contribuyó a la financiación oportuna de las pensiones a cargo del fondo común, que es de donde emana la sostenibilidad financiera en un sistema de reparto simple, a lo que se suma el reconocimiento de una pensión subsidiada en buena parte por los recursos de la nación.

En lo que a la AFPs recurrentes corresponde, no debe imponerse condena en la medida en que no se probaron los perjuicios causados, cuyo resarcimiento les correspondería a la luz del artículo 10 del Decreto 720 de 1994, pero que en todo caso no deben confundirse con los efectos legales que el legislador impuso a cada uno de los regimenes pensionales.

Las afirmaciones anteriores estan ampliadas y concordadas con citas jurisprudenciales, en la sentencia dictada en el proceso ordinario de HERNAN QUINTERO CARDONA RAD.2017-0259-01, con ponencia del suscrito magistrado.



**LORENZO TORRES RUSSY**  
**MAGISTRADO**

