



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA ROSARIO DEL PILAR RUBIO RODRIGUEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 010 2017 00197 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA**

La Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá procede a da cumplimiento a la orden de tutela emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso ordinario de la referencia.

**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende se declare la nulidad o invalidez del formulario de afiliación, mediante el cual se trasladó a PORVENIR S.A., y se declare que para efectos pensionales, continua afiliada a COLPENSIONES. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a PORVENIR S.A., a realizar la devolución de los aportes al Régimen de Prima Media con prestación Definida, administrado por COLPENSIONES. Sustento sus pretensiones, en que nació el 8 de diciembre de 1963, que actualmente tiene 53 años de edad, que se afilió al I.S.S., desde el 2 de agosto de 1985, hasta agosto de 1996, fecha en que se trasladó a PORVENIR S.A. Que un

representante de la AFP, le brindó una información superficial y corta, donde le indicaron que el I.S.S., se iba a acabar y que en el fondo privado tendría una excelente pensión (folios 40-53).

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderado judicial, dio contestación como aparece a folios 59-63 del plenario, donde se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra. Fundamentó su oposición, al considerar que el traslado de la demandante goza de plena validez, y que el vicio en el consentimiento debe ser probado en el transcurso de este trámite judicial. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Por su parte, PORVENIR S.A., dio contestación a la demandada como se observa a folios 74-81, mediante la cual se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto considera que el traslado de régimen pensional de la actora, no fue realizado en contra de una prohibición legal, y que por el contrario, se dio cumplimiento a todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

Finalmente, la demandada PROTECCIÓN S.A., se opuso a todas las pretensiones incoadas en la demanda por la Señora RUBIO RODRÍGUEZ, por cuanto considera que no existen pruebas que soporten la nulidad de la afiliación solicitada; además, agregó que ni siquiera se establece cual es la nulidad que pretende, y que si fuese la nulidad relativa, no fue demostrada incapacidad, vicios del consentimiento o lesión enorme. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación (folios 108-121).

### III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de octubre de 2018, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

1. **“DECLARAR** la nulidad de la vinculación de la demandante MARIA ROSARIO DEL PILAR RUBIO RODRÍGUEZ a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y por ende su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se **ORDENA** su regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.
2. **CONDENAR a COLPENSIONES** recibir y restablecer la afiliación de la demandante señora MARIA ROSARIO DEL PILAR RUBIO RODRÍGUEZ al régimen e prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.
3. **CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.
4. **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora MARIA ROSARIO DEL PILAR RUBIO RODRÍGUEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.
5. **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora MARIA ROSARIO DEL PILAR RUBIO RODRÍGUEZ, actualice la información en la historia laboral.
6. **DECLARAR** no probadas las excepciones planteadas por las accionadas conforme a lo expuesto.

7. **CONDENAR** en costas de esta instancia a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y a favor de la demandante. Por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$800.000.
8. De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta." (folios 162-163).

#### **IV. APELACIÓN PARTE DEMANDADA AFP PROTECCIÓN**

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la demandada AFP PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que la jurisprudencia aplicada por la juez de primera instancia, cobija únicamente a aquellas personas que sufrían un daño frente a los derechos adquiridos, como son los beneficiarios del régimen de transición, el cual no es el presente caso; además, manifestó que de tratarse de un error en el traslado, la demandante debió probarlo. Igualmente, dijo que el error de derecho no vicia el consentimiento, máxime cuando la Ley 100 de 1993, es de público conocimiento, y el desconocimiento de ésta no sirve como excusa.

#### **V. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA**

Esta corporación mediante auto del 20 de noviembre de 2018, dispuso admitir el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. Así mismo mediante providencia del 28 de agosto de 2019, el magistrado MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA, ordenó la remisión del expediente al magistrado que seguía en turno, como quiera que su ponencia no fue aceptada por los demás integrantes de la Sala. El 03 de marzo de 2020, la Sala Segunda en su mayoría, profirió por escrito la decisión de segunda instancia, en los siguientes términos:

**“PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 31 de octubre de 2018, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera instancia se revocan y se condena a la parte demandante en cuantía de \$350.000.”

## **VI. DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

La demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con radicado n.º60814 emitiéndose fallo el 07 de octubre de 2020 y en la cual se dispuso:

**“PRIMERO: CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la pensión, dignidad humana, igualdad, mínimo vital y móvil, seguridad social y acceso a la administración de justicia de **MARÍA ROSARIO DEL PILAR RUBIO RODRÍGUEZ**.

**SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO** la sentencia de 3 de marzo de 2020, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera una nueva decisión teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**TERCERO: EXHORTAR** a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar

*imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.*

**CUARTO: NOTIFICAR** a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**QUINTO: REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada.

## **VII. ACLARACION PREVIA**

Sea oportuno señalar, que el suscrito magistrado, a partir de la providencia emitida el 19 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario n.º **11001 31 05 033 2016 00655 01**, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la H. Sala de Casación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59.352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas.

## **VIII. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66ª y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles la solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, bajo los argumentos expuestos por la Sala de Casación Laboral en la sentencia de tutela que favoreció a la accionante.

Para a dar solución al cuestionamiento planteado, conviene precisar que el argumento de la H. Sala de Casación Laboral, para amparar los derechos fundamentales de la hoy demandante en la sentencia de tutela que promoviera, fueron los siguientes:

*“Bajo estas someras consideraciones viene concluir sin dubitación alguna que hubo un apartamiento inconsulto e injustificado por parte del juez plural de las nociones fijadas en el precedente jurisprudencial de esta Sala de Casación Laboral sobre el tema debatido, órgano al que valga recordar la Constitución Política le asignó, entre otras, la función de unificar la jurisprudencia en los asuntos del trabajo y la seguridad social.*

*A este respecto vale traer a colación el deber procesal de los jueces de observar la jurisprudencia unificada de las Cortes de cierre de las distintas jurisdicciones; y la necesidad de que su apartamiento de aquella se produzca sobre razonamientos válidos, expresos y explícitos, pues no de otra manera se preserva por éstos el bien superior de la seguridad jurídica y se permite a las Cortes someter a su estudio esos nuevos razonamientos.”*

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar*

*una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente - Necesidad de un consentimiento informado**

*Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. 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.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el 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.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el presente asunto, tenemos que del documento visible a folio 82, se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., el 5 de julio de 1996, y posteriormente se vinculó al Fondo PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. (folio 140).

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación a los distintos fondos, los mismos no resultan suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento o material que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A, a partir del 05 de julio de 1996, por lo que PROTECCIÓN S.A., deberá trasladar a la primera entidad mencionada, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

**COSTAS.**

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito, el 31 de octubre de 2018, según se expuso.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia,

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



**LORENZO TORRES RUSSY**



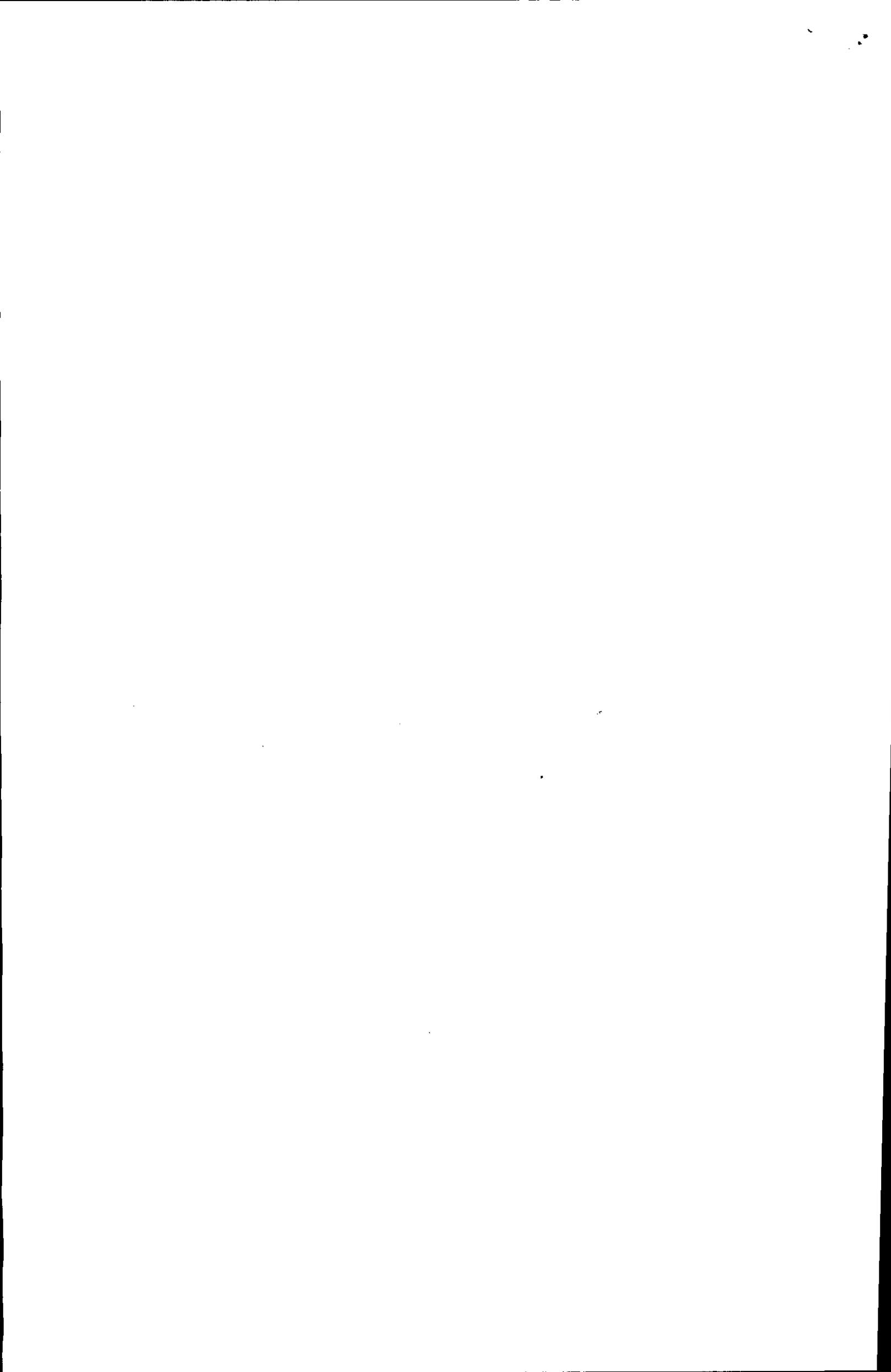
**CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

*Ultima hoja del proceso ordinario n. °110013105010201700197, promovido por María del Rosario Rubio R. vs COLPENSIONES Y OTROS*

+





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA DEL CARMEN ROBLES PEREIRA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 023 2019 00279 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA**

La Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá procede a da cumplimiento a la orden de tutela emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso ordinario de la referencia.

**I. ANTECEDENTES**

Se solicitó en la demanda, declarar la nulidad del traslado efectuado por la demandante al fondo de pensiones COLFONDOS S.A., por la falta de información por parte de los asesores de dicho fondo. Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó se ordene a COLPENSIONES recibir nuevamente a la actora como afiliada cotizante y al Fondo demandado devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación con sus rendimientos.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 25 de mayo de 1958 y desde el 23 de marzo de 1984 fue afiliada al Seguro Social en el régimen de prima media con prestación definida, efectuó su traslado al Fondo privado el 4 de agosto de 1994, decisión que afirma no estuvo precedida de la suficiente ilustración, porque el asesor del Fondo no le realizó la proyección ni el comparativo de la pensión en los dos regímenes, tampoco le dio a conocer el monto del capital requerido en la AFP para obtener la pensión, por lo cual solicitó su traslado a Colpensiones el cual fue negado el 28 de febrero de 2019 por esa entidad y el 27 de marzo de 2019 por el Fondo.

Como fundamento normativo citó los artículos 1508 y 1510 del Código Civil, artículos 2, 4, 5, 13, 48, 53 y 58 de la Constitución Nacional; los artículos 1, 11 y 36 de la Ley 100 de 1993, Ley 720 de 1994 y las sentencias T-818 de 2007, T-398 de 2009, 33083 de 2011, SL 12136 de 2014, SL 17595 de 2017, así como varias sentencias proferidas por esta Corporación.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Juzgado de conocimiento, mediante auto del 26 de noviembre de 2019, tuvo por no contestada la demanda por parte de Colpensiones, al considerar que no la subsanó de acuerdo con lo indicado frente a la acreditación del poder y de las pruebas que debió aportar. (fls. 141 y 146)

A su turno COLFONDOS S.A., contestó la demanda con el memorial incorporado a folios 107 a 131 del expediente, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición en que el traslado que efectuó la demandante estuvo precedido de una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y se le recordó acerca de las características de dicho régimen, así como de las diferencias frente al de Prima media con Prestación Definida, por lo cual sostuvo que no tiene asidero legal, ni fáctico la pretendida nulidad del traslado. Propuso las excepciones de

inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la genérica.

### III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de diciembre de 2019, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

**“PRIMERO. DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante MARTHA DEL CARMEN ROBLES PEREIRA, al régimen de ahorro Individual con Solidaridad administrado por la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.**

**SEGUNDO. CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a devolver o trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARTHA DEL CARMEN ROBLES PEREIRA como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del código civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional.**

**TERCERO: DECLARAR que la demandante MARTHA DEL CARMEN ROBLES PEREIRA para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES por las razones expuestas.**

**CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

**QUINTO: SIN COSTAS.”**

Como fundamento de su decisión, el A-quo argumento que el Fondo demandado no cumplió con la carga de la prueba tendiente a demostrar que le brindó a la demandante la información suficiente para que pudiera

adoptar en debida forma la decisión de trasladarse de régimen, para lo cual citó pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, para considerar que había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al RAIS.

#### IV. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 20 de enero de 2020, dispuso admitir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. Así mismo mediante providencia del 30 de julio de 2020, el magistrado MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA, ordenó la remisión del expediente al magistrado que seguía en turno, como quiera que su ponencia no fue aceptada por los demás integrantes de la Sala. El 25 de septiembre de 2020, la Sala Segunda en su mayoría profirió por escrito de la decisión de segunda instancia, en los siguientes términos:

**PRIMERO: DECLARAR** que, de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, la seguridad social es un derecho autónomo y las normas de su estatuto contenidas en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, regulan íntegramente el acto de afiliación a un régimen pensional, las competencias y sanciones en caso de infracción a la libertad de elección.

**SEGUNDO: DECLARAR** que, de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, las normas reguladoras del acto de afiliación, deben aplicarse íntegramente, sin posibilidad de fraccionarse, ni tomar parte de una y otra para dar paso a una tercera que se ajuste al caso.

**TERCERO: DECLARAR** que la ineficacia del acto de afiliación a un régimen pensional a causa de la deficiencia en el deber de información, debe sujetarse íntegramente a lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993.

**CUARTO: DECLARAR** que el deber de información está a cargo de las administradoras de pensiones, en la forma en que se ha establecido en las normas citadas en los precedentes jurisprudenciales en sus diferentes etapas y, que su aplicación tiene efecto general inmediato y no retroactivo.

**QUINTO: DECLARAR** que en Colombia coexisten dos regímenes pensionales administrados por sujetos de derecho privado, en el caso de las AFP y público de carácter especial en el caso de

*Colpensiones, que compiten libremente en la captación de afiliados y son excluyentes.*

**SEXTO: DECLARAR** que no hay presupuestos procesales para dar aplicación a la ineficacia del acto de afiliación demandado, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en virtud de que su aplicación debe hacerse integralmente, atendiendo al principio de inescindibilidad y son las autoridades administrativas allí señaladas las competentes.

**SEPTIMO: DECLARAR** que el juzgamiento de validez del acto de afiliación y sus consecuencias, debe hacerse a la luz del estatuto de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993 y sus modificaciones, en atención al principio de integración normativa.

**OCTAVO: DECLARAR** que el acto de afiliación al sistema pensional nace de una obligación legal, es unilateral de adhesión y sometimiento a las condiciones impuestas por el legislador y a las modificaciones que este imponga en leyes posteriores.

**NOVENO: DECLARAR** que el acto de afiliación a un régimen pensional, no tiene carácter contractual y en consecuencia sus requisitos y efectos no nacen de la voluntad de los sujetos que en el intervienen sino de las disposiciones contenidas en la ley.

**DECIMO: DECLARAR** que Colpensiones y las AFP Colfondos S.A. son sujetos de derecho que administran dos regímenes pensionales que coexisten, compiten entre sí, son excluyentes y sus obligaciones son autónomas frente a los actos del afiliado en materia de elección y afiliación libre a cualquiera de los dos.

**ONCE: DECLARAR** que el acto de afiliación determina la forma de financiamiento de la pensión y no de su monto, razón por la cual no involucra un derecho subjetivo del afiliado sobre este último.

**DOCE: DECLARAR** que el deber de información está sometido en su contenido a las normas vigentes al momento en que se realizó la afiliación al régimen pensional y no pueden aplicarse normas posteriores, en virtud del principio de irretroactividad de la ley.

**TRECE: DECLARAR** que cualquier daño que se ocasione al afiliado por incumplimiento en los deberes de la AFP o de sus funcionarios, debe ser resarcidos por estas en atención a lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994.

**CATORCE: DECLARAR** que los efectos legales de la afiliación a un régimen pensional no surgen de acuerdos entre el afiliado y la administradora escogida sino de la ley y, en consecuencia, los mismos no pueden tomarse en perjuicios a cargo de la administradora.

**QUINCE: DECLARAR** que Colpensiones es ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de

*las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de junio de 1997, fecha del traslado a Colfondos S.A. y, no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.*

**EN CONSECUENCIA:**

**PRIMERO: SE REVOCAN** las condenas impuestas a Colpensiones, en razón a que la afiliación de la actora al RAIS y cualquier posible perjuicio derivado de la misma, son producto de la voluntad y decisión unilateral de la demandante, que optó por cambiar la forma de financiación de su pensión, sin su intervención; constituyéndose en un hecho ajeno en el que no participó Colpensiones, por lo que ningún perjuicio pudo causar y, en consecuencia, ningún daño debe reparar.

**SEGUNDO:** Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

**V. DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

La demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con radicado n.º 61288 emitiéndose fallo el 18 de noviembre de 2020 y en la cual se dispuso:

**“PRIMERO: CONCEDER** la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de **MARTHA DEL CARMEN ROBLES PEREIRA**.

**SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO** la sentencia de 25 de septiembre de 2020, proferida por la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, para que, en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: EXHORTAR** a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa válida y suficiente.

**CUARTO: NOTIFICAR** a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**QUINTO: REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada.”

## **VI. ACLARACION PREVIA**

Sea oportuno señalar, que el suscrito magistrado, a partir de la providencia emitida el 19 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario n.° **11001 31 05 033 2016 00655 01**, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la H. Sala de Casación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59.352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas.

## **VII. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66ª y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles la solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, bajo los argumentos expuestos por la Sala de Casación Laboral en la sentencia de tutela que favoreció a la accionante.

Para a dar solución al cuestionamiento planteado, conviene precisar que el argumento de la H. Sala de Casación Laboral, para amparar los derechos fundamentales de la hoy demandante en la sentencia de tutela que promoviera, fueron los siguientes:

*“De acuerdo con lo expuesto en los numerales precedentes, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia concluye que el Tribunal accionado, en la providencia de 25 de septiembre de 2020, incurrió en la causal específica de procedencia de la tutela contra providencias judiciales denominada «desconocimiento del precedente judicial».*

*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 válidos 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.*

*Tal determinación, se acompasa con lo decidido por esta Sala en providencias CSJ STL3186-2020, CSJ STL4701- 2020, CSJ STL4759-2020, CSJ STL5435-2020, CSJ STL5551-2020, CSJ STL6971-2020, CSJ STL7839-2020, STL7840-2020 y CSJ STL 8710-2020, a través de las que se desataron asuntos similares al que hoy ocupa su atención.*

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de*

*intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente - Necesidad de un consentimiento informado**

*Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. 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.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el 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.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el presente asunto, tenemos que del documento visible a folio 31 se evidencia que la demandante firmo formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. el 4 de agosto de 1994.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento o medio probatorio que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS S.A, a partir del 4 de agosto de 1994, por lo que esta última entidad deberá trasladar a la primera, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

**COSTAS.**

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito, el 11 de diciembre de 2019, según se expuso.

**SEGUNDO:** Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ**

  
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

*Ultima hoja del proceso ordinario n. °1100131050082017006521, promovido por Blanca Bricelda Torres Fonseca vs COLPENSIONES Y OTROS*

+