



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 26-2019-00040-01**

Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PROTECCIÓN SA**  
**AFP COLFONDOS SA**  
**AFP OLD MUTUAL SA**  
**AFP PORVENIR SA**  
**ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26° Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de septiembre 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 (fls. 411), así como de Porvenir SA (fls. 376 a 383), Colpensiones (folio 386 a 392) y Protección SA (fls. 403 a 409) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 23 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## **ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) YADIRA JAZMIN TELLEZ VALENZUELA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN SA, COLFONDOS SA, OLD MUTUAL SA y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 6 a 8 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

### **DECLARACIONES:**

- La nulidad de la afiliación de la señora YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA, a la AFP PROTECCIÓN SA realizada el 2 de febrero de 1995, y a través de la cual se trasladó del RPM y el ISS hoy Colpensiones, al RAIS administrador por Protección SA.
- La nulidad de la afiliación de la señora YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA a Horizonte SA hoy Porvenir SA, realizada el 1º de septiembre de 2000, a través del cual se trasladó de Protección SA a Horizonte hoy Porvenir SA.
- La nulidad de la afiliación de la señora YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA a la AFP Santander hoy Protección SA, realizada el 29 de agosto de 2005, y a través de la cual se trasladó de Horizonte SA a la AFP Santander hoy Protección SA.
- La nulidad de la afiliación de la señora YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA a Colfondos SA, realizada el 9 de noviembre de 2009, y a través de la cual se trasladó de Santander hoy Protección SA a Colfondos SA.
- Nulidad de la afiliación de la señora YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA a Skandia SA hoy Old Mutual SA, realizada el 23 de abril de 2009, a través de la cual se traslado de Colfondos SA a Skandia SA hoy Old Mutual SA.
- La nulidad de la afiliación de la señora YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA a ING hoy Protección SA, realizada el 17 de diciembre de 2010, y a través de la cual se trasladó a Skandia SA hoy Old Mutual SA, a ING hoy Protección SA.
- Declarar valida y vigente la afiliación de la señora YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA al régimen de prima media con prestación definida administrado por CAJANAL y el ISS hoy Colpensiones.

## CONDENAS:

- A Colpensiones a recibir nuevamente a la señora YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA, como afiliada cotizante.
- A Protección SA a liberar de sus bases de datos la señora YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA, y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a Colpensiones.
- A Porvenir SA a liberar de sus bases de datos a la señora YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA, y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a Colpensiones.
- A Colfondos SA a liberar de sus bases de datos a la señora YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA, y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a Colpensiones.
- A Old Mutual SA a liberar de sus bases de datos a la señora YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA, y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a Colpensiones.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 305 a 313), así como PROTECCIÓN SA (fls. 225 a 244), COLFONDOS (fls. 281 a 302), OLD MUTUAL SA (fls. 199 a 220) y PORVENIR SA (fls. 324 a 333), de acuerdo al auto visible a

folio 344. Se oponen a las pretensiones del (a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 26° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 9 de septiembre de 2020, **ABSOLVIÓ** a las demandadas **PROTECCIÓN SA, PORVENIR SA, COLFONDOS SA, OLD MUTUAL SA y COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por parte de la demandante **YADIRA JAZMIN TÉLLEZ VALENZUELA. COSTAS** a cargo de la parte actora, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.200.000.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se accedan a las pretensiones, teniendo en cuenta que, es cierto que la demandante fue vinculada al RAIS por parte la AFP Protección SA, recibió una asesoría de unos escasos 10 o 15 minutos, pero no fue una asesoría clara, precisa, y suficiente, y que le explicaran todas las ventajas y desventajas que le acarrearía el traslado de régimen pensional, si bien es cierto la demandante se trasladó dentro del RAIS a muchos fondos privados, lo cierto es que fue por múltiples ofrecimientos que le hicieron, tales como que la pensión iba a ser superior, que estaba en numero uno en el mercado, y también lo es, que le ofrecieron una ddiva económica y lo aceptó, pero también lo es que ninguna administradoras demandadas probó que le brindó a la demandante las características que tenía que cumplir para que pudiera pensionarse en las mejores condiciones, tales como un retiro programado, no esta demostrado que le hubiesen advertido que tenía que tener un capital superior en esos momentos a mas de \$300.000.000 en su cuenta de ahorro individual que es la que se requiere para tener un capital mínimo, tampoco le dijeron que no podía retirar su plata si no tenía mas de 1250 semanas, no esta evidenciado que dentro de la asesoría que la administradora se quedaba con el 1.5% de los aportes, o de la administración, tampoco quedó demostrado que a la demandante estuvo a tiempo de retornar al régimen de prima media, cabe resaltar que si bien esta prohibido que faltando menos de 10 años no se puede trasladar de régimen, lo cierto es que dentro del presente asunto está demostrada la ineficacia del traslado, pues no hay una prueba contundente que permita demostrar la asesoría brindada a la demandante, y si bien señala los 4 beneficios que le ofrecieron en la asesoría, lo

cierto es que no se acredita que efectivamente se pudieran cumplir, esta demostrado el engaño, y no es una mentira dentro de estos procesos que existe una diferencia abismal en la pensión que se va a obtener, una desmejora las condiciones de los afiliados, no esta acreditado la eficacia de la información brindada a la demandante al momento del traslado del régimen.

Además de eso, se está olvidando que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, pues se aportaron las semanas que hacían falta para que la actora cumpliera con el requisitos de las 750 semanas cotizadas al 1º de abril de 1994, semanas que no había cotizado un empleador anteriormente, pero con tutela fue que se logró incluir las semanas que hacían falta, pues si bien no tenía la edad al 1 de abril de 1994, si tenía las 750 semanas a dicha data, cumpliendo el requisito para ser beneficiario del régimen de transición.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos que para el recurrente 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 PROTECCION SA efectuado por el (la) señor (a) YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA el día 20 de febrero de 1995; **2-.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección 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 inicialmente proveniente de la CAJA DE PREVISION SOCIAL MUNICIPAL (fl. 78), y posteriormente de CAJANAL (fl. 86), solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN SA, el 20 de febrero de 1995, con efectividad a partir del 1 de marzo de 1995. Posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE el 1º de septiembre de 2000, efectiva a partir del 1º de noviembre de

2000, posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 30 de noviembre de 2002, con efectividad a partir del 1º de enero de 2003. Posteriormente solicitó trasladarse a la AFP Horizonte el 24 de febrero de 2004, efectiva a partir del 1º de abril de 2004; Luego se trasladó el 29 de agosto de 2005, efectiva a partir del 1º de octubre de 2005. El día 29 de junio de 2006 solicitó trasladarse a la AFP Horizonte, efectiva a partir del 1º de agosto de 2006. El 30 de abril de 2008 solicitó trasladarse a la AFP ING, con efectividad a partir del 1º de junio de 2008. Posteriormente, solicitó trasladarse a OLD MUTUAL SA el 23 de abril de 2009, efectiva a partir del 1º de junio de 2009. Con posterioridad, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos el 9 de noviembre de 2009, con efectividad a partir del 1º de enero de 2010. Finalmente, solicitó trasladarse a la AFP ING hoy Protección SA el 17 de diciembre de 2010, con efectividad a partir del 1º de febrero de 2011 (fl. 259).

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

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

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

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

**3-**Finalmente, ha de traer a colación las decenas sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe

demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 305 a 313), así como PROTECCIÓN SA (fls. 225 a 244), COLFONDOS (fls. 281 a 302), OLD MUTUAL SA (fls. 199 a 220) y PORVENIR SA (fls. 324 a 333). Protección SA aportó: formulario de afiliación (1995, 2005, 2010), historia de vinculaciones del SIAFP, reporte de estado de cuenta a Protección SA, hoja de vida, políticas asesorar para vincular personas naturales, comunicados de prensa. Colfondos SA aportó: comunicados de prensa, formulario de afiliación (2009), certificado de afiliación, historia de vinculaciones del SIAFP. Colpensiones aportó: expediente administrativo de la demandante. Porvenir SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, certificación de afiliación, formulario de afiliación (2018, 2002), relación de aportes, comunicados de prensa. OLD MUTUAL SA aportó: formulario de afiliación (2009), certificación de aportes, respuesta a derecho de petición, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 20 de febrero de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 20 de febrero de 1995, el demandante tenía 486,14 semanas (fl. 69), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 27 de octubre de 1959, fl. 33) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, como en efecto lo hizo, en el año 2016 podría pensionarse en el RPM (Actualmente tiene

1072,29 semanas – fl. 69), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco para obtener una pensión siquiera igual a la de Colpensiones.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Protección SA.

Ahora bien, si bien la demandante no estuvo afiliada al extinto ISS hoy Colpensiones, sino a una caja de previsión CAJANAL, ha de traer a colación la sentencia SL752 Rad. 72260 del 4 de marzo de 2020, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó *“Tampoco halla la Sala desinteligencia en la inferencia del juez plural consistente en que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, la actora resultó afiliada automáticamente al régimen de prima media, y que esta resultó siendo su primera selección, pues ninguna intelección se ofrece más coherente si de interpretar las normas aplicables al caso bajo examen, a saber: artículos 52 y 28 de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el régimen de prima media con prestación definida, entre ellas la Caja Nacional de Previsión Social.”*

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora YADIRA JASMIN TELLEZ VALENZUELA del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN SA el 20 de febrero de 1995, y en consecuencia condenar a PROTECCIÓN 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; 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 DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

### **COSTAS:**

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandada.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO:** **REVOCAR** la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2020 por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora YADIRA JASMINE TELLEZ VALENZUELA del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN SA el 20 de febrero de 1995, y en consecuencia condenar a PROTECCIÓN 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; y **ordenar** a la

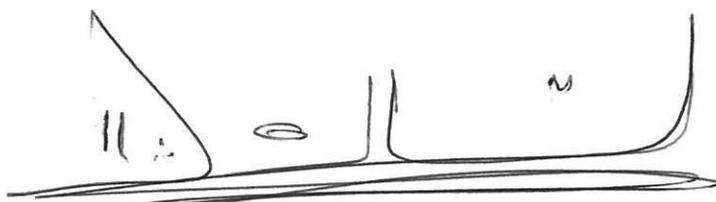
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES a aceptar dichos valores, ordenando igualmente la  
afiliación del demandante en el régimen de prima media con  
prestación definida.

**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte  
demandada.

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.

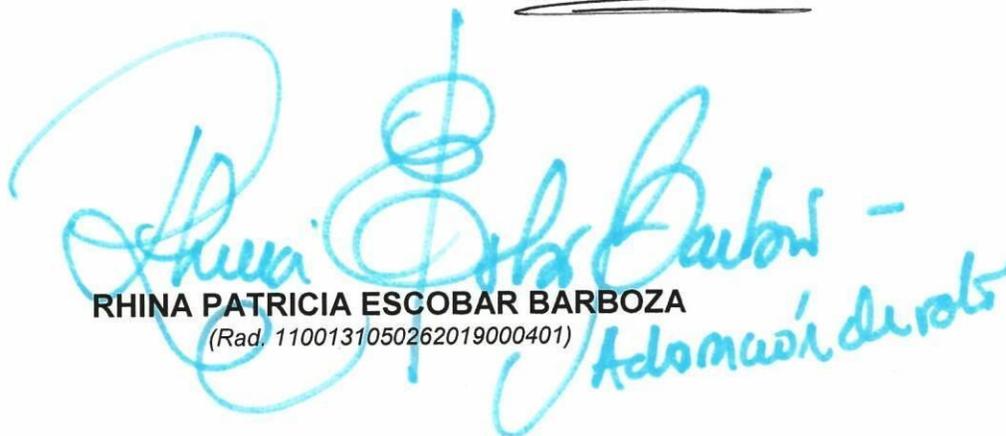


**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Ponente**  
(Rad. 1100131050262019000401)



**DAVID A. J. CORREA STEER**  
(Rad. 1100131050262019000401)

Aclaro voto!



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**  
(Rad. 1100131050262019000401)

*Aclaro voto!*



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 18-2019-00022-01**

Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: JASMINE EDUVIGES VALDERRAMA JARAMILLO**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP OLD MUTUAL SA**  
**AFP PROTECCIÓN SA**  
**AFP PORVENIR SA**  
**ASUNTO: APELACIÓN PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES,**  
**PORVENIR SA, OLD MUTUAL SA y PROTECCIÓN SA) //**  
**CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Colpensiones, Porvenir SA, Old Mutual SA y Protección SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 18° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de octubre 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 (fls. 366 a 372), así como de Colpensiones (folio 375 a 379) y Porvenir SA (fls. 382 a 393), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 4 de diciembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## **ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) JASMINE EDUVIGES VALDERRAMA JARAMILLO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP OLD MUTUAL SA, debidamente sustentada como aparece a folios 6 y 7 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

### **DECLARACIONES:**

- La nulidad de la afiliación al Sistema de régimen de ahorro individual con solidaridad de la señora JASMINE EDUVIGES VALDERRAMA JARAMILLO, realizada el 23 de septiembre de 2005, por medio del cual se trasladó del RPM al RAIS.
- La libertad de la señora JASMINE EDUVIGES VALDERRAMA JARAMILLO, de afiliarse al RPM al declararse la nulidad de la afiliación al Sistema de régimen de ahorro individual afiliada actualmente a OLD MUTUAL SA.

### **CONDENAS:**

- A Colpensiones a recibir a la señora JASMINE EDUVIGES VALDERRAMA JARAMILLO como afiliado cotizante.
- A Old Mutual SA a liberar de sus bases de datos a la señora JASMINE EDUVIGES VALDERRAMA JARAMILLO, y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales 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 y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a Colpensiones.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: OLD MUTUAL SA (fls. 175 a 220), de acuerdo al auto visible a folio 221 y 222. Se oponen a las pretensiones del (a) demandante y proponen excepciones de mérito.

La parte demandante presentó **reforma de la demanda**, conforme documental vista a folios 70 a 97, contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP OLD MUTUAL SA, AFP PROTECCIÓN SA y AFP PORVENIR debidamente sustentada como aparece a folios 74 y 75 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

#### **DECLARACIONES:**

- La nulidad de la afiliación al Sistema de régimen de ahorro individual con solidaridad de la señora JASMINE EDUVIGES VALDERRAMA JARAMILLO, realizada en el mes de noviembre de 1999, por medio del cual se trasladó del RPM al RAIS, primero a PORVENIR SA, luego a PROTECCIÓN SA y por último, a OLD MUTUAL SA.
- La libertad de la señora JASMINE EDUVIGES VALDERRAMA JARAMILLO, de afiliarse al RPM al declararse la nulidad de la afiliación al Sistema de régimen de ahorro individual afiliada actualmente a OLD MUTUAL SA, y en la AFP PROTECCIÓN SA y PORVENIR SA, como fondos que realizó el traslado de régimen.

#### **CONDENAS:**

- A Colpensiones a recibir a la señora JASMINE EDUVIGES VALDERRAMA JARAMILLO como afiliado cotizante.
- A Old Mutual SA, Protección SA y Porvenir SA a liberar de sus bases de datos a la señora JASMINE EDUVIGES VALDERRAMA JARAMILLO, y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales 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 y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a Colpensiones.
- Costas procesales.

Contestaron la reforma de la demanda: OLD MUTUAL SA (fls. 224 a 230), de acuerdo al auto visible a folio 235. Se oponen a las pretensiones del (a) demandante y proponen excepciones de mérito.

COLPENSIONES (fls. 262 a 270), PORVENIR SA (fls. 277 a 328), así como PROTECCIÓN SA (fl. 330 a 357), contestaron la reforma de la demanda de acuerdo al auto visible a folio 358. Se oponen a las pretensiones del (a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 18° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de octubre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la señora JASMINE EDUVIGES VALDERRAMA JARAMILLO a la AFP PORVENIR SA, suscrita el 10 de julio de 1996, y en consecuencia **DECLARÓ** que para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **ORDENÓ** a la AFP PORVENIR SA, AFP PROTECCIÓN SA y AFP OLD MUTUAL SA a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta de ahorro individual a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración. **ORDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a recibir los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta de ahorro individual. **DECLARÓ NO PROBADA** la excepción de prescripción, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos. **COSTAS** a cargo de las entidades AFP PORVENIR SA, AFP PROTECCIÓN y AFP OLD MUTUAL SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de las entidades y a favor de la parte demandante. Sin condena en **COSTAS** a cargo de Colpensiones.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandada (PORVENIR SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Porvenir SA, teniendo en cuenta que, la parte demandante faltó al deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, ya que no puede ser

beneficiaria de su propia culpa o de la negligencia en su propia actuar durante tanto años, y su falta de actuar en todos estos años, esto quedó corroborado en el interrogatorio de parte, que a pesar de encontrarse inmersa en la prohibición del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; máxime si se tiene en cuenta que la inconformidad de la parte demandante tan solo se genera para cuando se aproxima a la edad para pensionarse, al darse cuenta en la diferencia de los montos de las pensiones entre Colpensiones y la AFP, es claro que cuando la demandante decidió de manera libre y voluntaria trasladarse de régimen, se sometió a las características y condiciones del RAIS, por lo que no puede endilgarse que por existir una diferencia en las mesadas pensionales, entonces Porvenir SA incumplieron en su deber de información, es por esto que no es lógico que alegue la falta del deber de información, cuando la verdad es que la razón obedece a la inconformidad de las mesadas pensionales. Por otro lado, queda claro que las prestaciones que se reconocen en uno y otro régimen no son comparables, pues ambos buscan proteger las contingencias de vejez, invalidez y muerte, mediante el reconocimiento de pensiones, debe señalarse que los montos se encuentran dispuestos en la Ley, contrario al RAIS que se reconocen única y exclusivamente dependiendo de los dineros ahorrados en sus cuentas de ahorro individual.

También debe señalarse que si bien el deber de información que se les exige a las AFP ha variado en el tiempo, para éste caso en concreto, se debió analizar con la norma vigente al momento del traslado, pues no se exigía el deber del buen consejo, situación que ocurrió conforme el interrogatorio de parte, pues se le informó que podía pensionarse anticipadamente, que podía solicitar la devolución de los saldos si no cumplía los requisitos para pensionarse, que sus beneficiarios podían beneficiarse del capital, que podía efectuar aportes voluntarios, situación que analizó y por lo tanto se le brindó la totalidad de información del RAIS, y en ese sentido la demandante si tuvo conocimiento de las características del RAIS durante todos estos años que estuvo vinculada al RAIS y sin solicitar asesorías a los fondos de pensiones, solo se vino a consolidar la inconformidad con el RAIS cuando tuvo conocimiento de la diferencia de los montos pensionales que tuvo entre estos dos regímenes pensionales.

Ahora, en caso en que se confirme el fallo, solicita que no se condene a la devolución de los gastos de administración y las sumas que ha pagado por concepto

de primas previsionales, como quiera que los mismos se efectúan por mandato legal, y su objetivo ya se cumplió mientras la demandante mantuvo su vinculación al RAIS, por lo que dichos dineros ya fueron debidamente invertidos, conforme lo señala la Ley, y no se encuentran en poder de Porvenir SA.

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal del literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, de acuerdo con ello cabe resaltar que durante el interrogatorio, indicó que su traslado se realizó de manera voluntaria, hecho que se constató con las cotizaciones efectuadas al fondo privado y sus traslados horizontales, y su permanencia por más de 20 años en el RAIS. De acuerdo a la prohibición legal antes mencionada, cabe señalar que la Corte Constitucional en innumerables pronunciamientos ha manifestado que impedir el traslado del afiliado cuando le faltare menos de 10 años para adquirir la pensión, obedece a la finalidad constitucional de evitar la descapitalización del sistema general de pensiones, y asegurar el pago futuro de sus afiliados. Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, en aclaraciones de votos, tales como la del Dr. Rigoberto Echeverry, señaló que la ineficacia del traslado no puede ser predicada en todos los casos, tampoco declararse de manera automática, pues deben ser evidentes las falencias o acreditadas la falta de información, situación que no se evidencia dentro del presente caso, pues además de que se evidenció que la demandante se trasladó de manera voluntaria, y realizó en varias oportunidades traslados horizontales, previendo los beneficios y ventajas que el RAIS le estaba otorgando. Adicionalmente, la demandante acude a una acción jurisdiccional para retornar al RPM toda vez que se encuentra en desacuerdo con la mesada pensional que le va a reconocer el RAIS, pues este mismo salvamento de voto mencionado, señala que los afiliados no deberían estar autorizados para demandar una ineficacia en su traslado, por cuanto su mesada pensional no va acorde a sus aspiraciones, y teniendo en cuenta que la demandante al acercarse a su fondo de pensiones, y no le llama la atención la mesada pensional, resaltando que el fallo de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera que se basa en los principios de igualdad y equidad, respecto de quienes han efectuado cotizaciones a Colpensiones durante toda su vida laboral.

La **parte demandada (OLD MUTUAL SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Old Mutual SA, teniendo en cuenta que no es posible determinar que existió un vicio en el consentimiento del traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS, en consecuencia, el traslado de los aportes no es procedente, más aun cuando la actora tiene claro las implicaciones de haber realizado el traslado, en consecuencia, los traslados posteriores, fueron precedidos de una información brindada de manera clara, veraz y oportuna, cumpliendo de esta manera con las normas que estaban dispuestas para tal fin. Así las cosas, es claro que tanto Old Mutual, como las demás administradoras, dejaron sentada la información de manera clara para que la actora tuviera una opción ilustrada y conociera la implicación de su traslado.

Aunado a lo anterior, señala que al ordenar la devolución de los gastos de administración se generaría un enriquecimiento sin justa causa por parte de la actora, y eventualmente por parte de Colpensiones, atendiendo que Skandia en cumplimiento de los requisitos legales que le impone la normatividad, cumplió con sus deberes, pagando el seguro previsional, manteniendo a la demandante amparada de los riesgos contratados, durante la vigencia del contrato que tuvo con Skandia, y por otra parte, generó unos rendimientos con las cotizaciones aportadas por la misma demandante, en consecuencia, esos dineros que fueron causados ya no se encuentran en poder de Skandia, y en segundo lugar, estos dineros fueron destinados, conforme la norma vigente, y no por capricho de la misma.

La **parte demandada (PROTECCIÓN SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Protección SA, en lo que tiene que ver con los gastos de administración, pues los mismos son descuentos autorizados por la Ley, conforme el Artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, y que opera para ambos regímenes, el actuar de Protección SA fue ceñido a la Ley y por lo tanto no puede obligarse a Protección SA a devolver un dinero que fue destinado conforme la Ley durante el tiempo que estuvo afiliada a Protección SA, con la mayor diligencia y cuidado. Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado, y condenar a Protección SA a devolver éstos dineros a Colpensiones, no es procedente por cuanto se trata de valores ya causados durante la administración de los dineros, descuentos realizados conforme la Ley, y con

fundamento en la buena gestión que hizo Protección SA, así las cosas, debemos hablar sobre prestaciones ya acaecidas, trayendo a colación la sentencia con Rad. 31989 de septiembre de 2008 de la H. Corte Suprema de Justicia, además debe tenerse presente que el cobro del 3% destinado para comisión de administración opera el fenómeno de prescripción, por tratarse de una obligación de tracto sucesivo, que impone la Ley, además que es un concepto que no financia la pensión de vejez, aunado a lo anterior, el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 no dispuso que el traslado de régimen comprendiera sumas de dinero percibidas, tales como gastos de administración.

No obstante la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

#### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) JASMINE EDUVIGES VALDERRAMA JARAMILLO el día 26 de noviembre de 1999; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Old Mutual SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida inicialmente proveniente del régimen de prima media, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 26 de noviembre de 1999, con efectividad a partir del 1 de enero de 2000. Posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP ING el 24 de septiembre de 2003, efectiva a partir del 1º de noviembre de 2003 (fl. 342 Vto.). Con posterioridad, dada la cesión por fusión, quedó afiliado la AFP PROTECCIÓN SA; finalmente, solicitó trasladarse a la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA SA el 23 de septiembre de 2005 (fl. 343 y 39).

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 de 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 las decenas sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas*

*del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda OLD MUTUAL SA (fls. 175 a 220 y 224 a 230), PROTECCIÓN SA (fl. 330 a 357) y COLPENSIONES (fls. 262 a 270). Old Mutual SA aportó: formulario (2005), historia laboral consolidada, derecho de petición, respuesta acción de tutela, copia sentencia de tutela, reclamación administrativa, respuesta derecho de petición.

Colpensiones aportó: expediente administrativo de la demandante. Porvenir SA aportó: formulario afiliación (1999), carta de aporte voluntario proveniente del Banco Tequendama, certificado de ingresos y retenciones año gravable 1997, confirmación solicitud de afiliación y documento, certificado afiliación a Porvenir SA, historia de vinculaciones del SIAFP, relación histórica de movimientos Porvenir SA, respuesta derecho petición, comunicados de prensa. Protección SA aportó: formulario de afiliación (2003), historia de vinculaciones del SIAFP, constancia de traslado de aportes, reporte estado de cuenta Protección SA, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de noviembre de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 26 de noviembre de 1999, el demandante tenía 592,57 semanas (fl. 186 Vto.), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 10 de junio de 1963, fl. 30) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, como en efecto lo hizo, en el año 2020 podría pensionarse en el RPM (Actualmente tiene 1382,14 semanas – fl. 186 Vto.), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el

artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco para obtener una pensión siquiera igual a la de Colpensiones.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Old Mutual 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, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a **CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora JASMINE EDUVIGES VALDERRAMA JARAMILLO del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 26 de noviembre de 1999.

#### **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 DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

#### **COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes PORVENIR SA, COLPENSIONES, OLD MUTUAL SA y PROTECCIÓN SA, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes y a favor de la parte actora a cargo de la parte demandada PORVENIR SA; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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

### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de octubre de 2020 por el Juzgado 18° Laboral del Circuito de Bogotá,

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES, PORVENIR SA, OLD MUTUAL SA y PROTECCIÓN SA) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

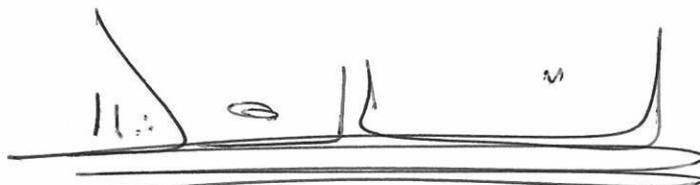
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310501820190002201)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310501820190002201)



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**

(Rad. 11001310501820190002201)