



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 16-2018-00607-01

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

DEMANDANTE: ERNESTINA DEL ROSARIO SALAMANCA CUEVAS  
DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP COLFONDOS SA  
ASUNTO: APELACIÓN PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES) //  
CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 16° Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de julio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de Colpensiones (folio 358 a 364) presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de noviembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

#### ANTECEDENTES

El(la) señor(a) ERNESTINA DEL ROSARIO SALAMANCA CUEVAS instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA, debidamente

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
Secretaría Sala Laboral

21 MAR -3 PM 4:21

RECIBIDO POR *all*  
*100 ad.*

sustentada como aparece a folios 5 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado de la demandante al RAIS, ante la omisión de la AFP Horizonte hoy Colfondos SA del deber profesional de información.
- Ordenar el traslado y afiliación de la demandante a Colpensiones, como consecuencia de la anterior declaratoria de anulación por ineficacia, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad.
- Ordenar a Colfondos SA a la devolución a Colpensiones, de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil (Sentencia SU 062 de 2010), gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicho fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que hubiere generado en aplicación del artículo 963 del Código Civil.
- Condenar a Colfondos SA, en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del fondo de pensiones al momento de dictarse la sentencia que ponga fin a esta Litis, a seguir pagando la misma al demandante hasta tanto sea trasladada por el fondo demandado, todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por éste, con el propósito de que a la demandante no quede desprotegida de su derecho pensional.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLFONDOS SA (fls. 255 a 302) y COLPENSIONES (fls. 306 a 312), de acuerdo al auto visible a folio 326. Se oponen a las pretensiones del (a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 16° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 9 de julio de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante **ERNESTINA DEL ROSARIO SALAMANCA CUEVAS**, a COLFONDOS SA el 22 de

junio de 2001, y en consecuencia **CONDENÓ** a tal fondo privado a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, incluyendo sus interés y rendimientos que se hayan generado, y en general toda suma que haya tenido como causa la cotización al RAIS. **CONDENÓ** a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante ERNESTINA DEL ROSARIO SALAMANCA CUEVAS, a dicha administradora en el RPM, el cual se declara es el único válido en relación con la demandante, y a recibir el saldo de la cuenta de ahorro individual de aquella, tal y como se ordenó en el numeral primero que antecede. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas. **COSTAS** a cargo de las demandadas, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

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 si bien considera el Juzgado que es procedente la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante, no encuentra coincidencia con el Juzgado, toda vez que no se están teniendo en cuenta aspectos fundamentales dentro del proceso, como lo es que la demandante se encontraba plenamente habilitada para realizar el traslado en el año 2001, no tener ninguna expectativa pensional ni ser beneficiaria del régimen de transición, situaciones que debían tenerse en consideración al momento de considerar el traslado, precisando que la actora realizó el debido traslado, suscribiendo el formulario de afiliación, que obra dentro del expediente y que no fue tachado de falso y que además se resalta que es el documento que verifica la voluntad que tenía la demandante en el año 2001 para trasladarse a otro fondo de pensiones, toda vez que para dicha época no era necesario otro documento que acreditara la expresión de voluntad, incluso, para dicha época ninguna normatividad estipulaba claramente que la información brindada a los posibles afiliados, debía dejarse plasmada en una documental que validara dicha información, sino que esta situación fue solicitada con posterioridad por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sin que las administradoras, en virtud del principio de confianza legítima y seguridad jurídica, exigían lo que disponía la norma vigente para el momento del traslado, y más aún que no se tenga como válido el formulario de afiliación, resaltando que la demandante, con fundamento en el interrogatorio de parte

practicado, evidenció que los aportes que realizaba se hacían al fondo privado, generando rendimientos, porque recibía extractos, tenía actuaciones que ratificaban su intención de permanecer en COLFONDOS, y si bien el Juzgado indica que no son suficientes dichas características, lo cierto es que no entiende que otras características debe conocer el posible afiliado, pues incluso la demandante indicó que conocía sobre el bono pensional, pero porque lo vio en su historia laboral, y dijo además que en el RAIS no debía pensionarse con las semanas de pensiones, sino con el capital, por lo que pese a ser evasiva, si conocía como funcionaba el RAIS, y sus condiciones y características.

Aunado a lo anterior, señala que no puede ser condenada en costas, toda vez que siempre actuó de buena fe, desde el momento del traslado inicial (2001), atendiendo a la voluntad de la demandante, y no es procedente retornar al RPM por cuanto se encuentra inmersa en una prohibición legal. Tampoco es lógico que Colfondos no probó la información brindada, quien es la responsable de esta nulidad o ineficacia, que no sea ella condenada como debe ser, en dado caso debería aplicarse el Art. 4 del Decreto 496 de 1994, y contrario a declarar la ineficacia, debería condenársele por la culpa causada a Colpensiones o en últimas, condenar al reconocimiento de la pensión en los mismos parámetros que debía reconocer en el RPM y tener en cuenta que Colfondos se allana a las pretensiones de la demanda, y que sea Colpensiones un tercero que se ve afectado por las omisiones de Colfondos.

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 COLFONDOS SA efectuado por el (la) señor (a) ERNESTINA DEL ROSARIO SALAMANCA CUEVAS el día 22 de junio de 2001; **2-** . En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP COLFONDOS 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 COLFONDOS SA, 22 de junio de 2001, con efectividad a partir del 1 de agosto de 2001 (fl. 299).

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones

pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLFONDOS SA (fls. 255 a 302) y COLPENSIONES (fls. 306 a 312). Colfondos aportó: comunicados de prensa, formulario vinculación (2001), historia bono pensional, historia laboral de Colfondos SA, reporte de historia laboral de Colpensiones, historia de vinculaciones del SIAFP. Colpensiones aportó reporte de historia laboral.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 22 de junio de 2001, 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 22 de junio de 2001, el demandante tenía 572,29 semanas (fl. 293), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 29 de julio de 1959, fl. 4) 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 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 COLFONDOS 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 ERNESTINA DEL ROSARIO SALAMANCA CUEVAS del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS SA el 22 de junio de 2001.

**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 PRIMERA INSTANCIA**

La apoderada de la parte demandada (Colpensiones) presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia.

La sala debe precisar que **no es el recurso de apelación la oportunidad para proponer una objeción de costas**, cuyo decreto definitivo aún no se ha determinado, de conformidad con lo previsto en el art. 366 del C.G.P.

Por lo tanto se desestima la inconformidad con las costas impuestas en primera instancia, aspecto sobre el cual la Sala queda relevada de resolver por las razones anotadas.

## **COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:**

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

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

## **RESUELVE**

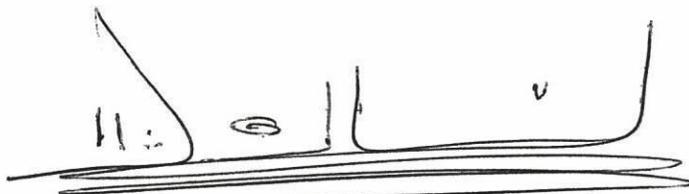
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 9 de julio de 2020 por el Juzgado 16° Laboral del Circuito de Bogotá,

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES,) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes; 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. 11001310501620180060701)



**DAVID A. J. CORREA STEER**  
(Rad. 11001310501620180060701)  
*Aclaro voto!*



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**  
(Rad. 11001310501620180060701)

*Aclaro voto.*



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Clase de Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	ERNESTINA DEL ROSARIO SALAMANCA CUEVAS
Demandando:	COLPENSIONES Y OTRO
Código Único de identificación:	110013105016201800607-01
Magistrado Ponente:	MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien el criterio de esta magistrada resultaba ser el de no conceder en todos los casos la ineficacia de traslado así como ordenar la devolución de los gastos de administración, atendiendo la imposibilidad de considerar una interpretación diferente a aquella que sostiene la Sala de Casación Laboral la Corte Suprema de Justicia, se impone modificar el criterio.

Con lo anterior, se da cumplimiento a lo expuesto en el artículo 7º del Código General del Proceso.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA