



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 12-2019-177-01**

Bogotá D.C., junio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: RUBY ESTHER CUJAR SOLANO**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR SA**  
**AFP PROTECCION SA**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**  
**(PORVENIR SA Y PROTECCION SA)) // CONSULTA**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandada (Protección SA y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de Marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con tarjeta profesional No. 221228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para todos los efectos del poder allegado (fl187).

El apoderado de la parte demandante (fls. 179), así como Colpensiones (fls. 181) y Protección SA (fl. 187) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en

auto del 5 de abril de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## **ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) RUBY ESTHER CUJAR SOLANO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contra AFP PORVENIR SA y AFP PROTECCION SA, debidamente sustentada como aparece a folios 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad del traslado efectuado por la señora Ruby Esther Cujar Solano el día 05 de noviembre de 1999, con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte hoy Porvenir S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro Sistema de Pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante.
2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado efectuado al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir solicito se declare la nulidad del traslado efectuado por la señora Ruby Esther Cujar Solano el día 30 de abril de 2004 con el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro Sistema de Pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante.
3. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos traslados, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados a la señora Ruby Esther Cujar Solano en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.
4. Se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas.
5. Que se condene extra y ultra petita.

## **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**



Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls.74-76), PROTECCION (fls 106-112) y PORVENIR SA (fls.140-161) de acuerdo al auto del 2 de Mayo de 2019. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 12 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 4 de marzo de 2021, **DECLARÓ** la **INEFICACIA** en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación de la demandante **RUBY ESTHER CUJAR SOLANO** celebrada en su momento con la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS HORIZONTE**, hoy **PORVENIR S.A.** de 5 de noviembre de 1999, así como la subsiguiente realizada con la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER** hoy **PROTECCION SA** de fecha 30 de abril de 2004. **CONDENO** a **PROTECCION S.A.** a la devolución de saldos, aportes y rendimientos de la demandante **RUBY ESTHER CUJAR SOLANO** con destino a **COLPENSIONES**. **ORDENO** a **PORVENIR** y **PROTECCION** devolver los gastos de administración proporcionalmente al tiempo de su afiliación, así como las comisiones del régimen de ahorro individual con destino al régimen de prima media con prestación definida, incluso con cargo a sus propias utilidades como ya se dijo de manera proporcional. **ORDENO** a **COLPENSIONES** aceptar el traslado de la señora **RUBY ESTHER CUJAR SOLANO**, y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales, rendimientos, gastos de administración, ordenados en los numerales anteriores sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho sobre el particular. **ABSOLVIO** a las demandadas de las demás suplicas de la demanda, **DECLARO** no probadas las excepciones formuladas por **PORVENIR**, **PROTECCION** y por **COLPENSIONES**, **NO CONDENÓ EN COSTAS** y **SOLICITA EN CONSULTA** en los términos del artículo 69 CPT y de la SS.

## RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Porvenir SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

### 1. NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO:

Se interpone recurso de apelación sustentando la parte es importante y se debe tener en cuenta que las consideraciones del fallador se centran en la línea jurisprudencial por la Corte Suprema de Justicia al respecto de la nulidad y la posterior valoración como ineficacia del traslado de régimen, pero que esas sentencias no pueden adoptarse como una línea jurisprudencial



para el caso en concreto propiamente porque manifiesta no hacen parte del fundamento fáctico para el caso, ya que la sentencia son de personas que son beneficiarias del régimen de transición por tal motivo pone en relevancia que para este caso no es así, desde la sentencia 1452 de 2019 al respecto por la misma sala laboral se determina que no debería operar la carga dinámica de la prueba a la administradoras de los fondos cuando no se soportan los supuestos fácticos, y que ese deber de información consistía dentro del fundamento principal que el demandante debía renunciar a un beneficio expresamente y no como es en este caso, donde el demandante no renunció cuando se pasó a Horizonte en el año 1999, simplemente se optó por las facilidades de ese entonces cumpliendo con el fin de la afiliación, en ese entonces no se exigía que la información tenía que presentarse en otro medio diferente al verbal, vincula el derecho de retracto, ya que este último optó como posibilidad que no necesariamente se debe dejarlo impreso, en ese sentido presenta recurso ya que según la parte si se cumpliría con ese deber de información para la época, y por el contrario en materia jurisprudencial trae a colación la sentencia 3752 de 2020 en la que sustenta los supuestos fácticos de la demandante, por medio de la cual si se hace la consideración donde el afiliado debe tener también la información por causa propia de lo que significaría cambiarse de régimen.

## **2. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN**

Por otro lado interpone recurso de apelación frente a los gastos de administración propiamente por los perjuicios que eso representaría ya que las primas de seguros fue algo que en su momento tuvo vigencia con la afiliada, se prestó un servicio, y la devolución de ello al estar sustentado en línea jurisprudencial con supuestos fácticos tan diferentes, perjudicaría al fondo, manifiesta que la demandante cuando estuvo vinculada con Horizonte y Porvenir se pudo beneficiar, solicita revocar la decisión y absolver al fondo.

La **parte demandada (PROTECCION)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

### **1. GASTOS DE ADMINISTRACION**

Se presenta recurso de manera parcial frente al numeral 3 de la condena impuesta por primera instancia toda vez que la orden de devolver los gastos de administración resultaría vulneratoria de la ley 100 en su artículo 20 y de la ley 797 que ratificó el derecho de las entidades a cobrar los gastos de administración, se manifiesta contra el fallador de primera instancia ya que la



devolución sucede sobre el detrimento en los aportes sin embargo no existe tales detrimentos y según la parte no existirían por dos razones: la primera es que el valor de los aportes que se realizaron con la representada son exactamente los mismos que se hicieran si tuviera con Colpensiones, segundo no hay un detrimento patrimonial porque el fondo le genere rendimientos, en tal punto la demandante no podría obtener beneficios de esos rendimientos, si se continua con esta posición se estaría generando un enriquecimiento sin causa porque estaría recibiendo la devolución de unos dineros que la demandante no aportó, y el enriquecimiento sin causa iría en aplicabilidad al fondo común y las personas que están en Colpensiones, así mismo pidió tener en cuenta que gran parte de los dineros cobrados por administración se usaron para cubrir las pólizas de invalidez sobrevivientes etc, esos dineros fueron pagados a terceros de buena fe, si se siguiera en esta línea debería verse que no se confirme la obligación de devolver los gastos de administración del fondo.

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 HORIZONTE, hoy AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señora **RUBY ESTHER CUJAR SOLANO** el día 5 de Noviembre de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PROTECCION SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente 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, solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE SA hoy AFP PORVENIR SA el 05 de noviembre de 1999, con efectividad a partir del 1º de enero de 2000 (Fl.163) y que posteriormente se trasladó al AFP SANTANDER hoy AFP PROTECCION SA el 30 de abril de 2004 (fl113)



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 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 sentencias 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 aportó el expediente administrativo del demandante. PORVENIR SA aportó: historial de vinculaciones de SIAFP, formato de afiliación (1999), certificado de egreso expedidas por Porvenir, constancia de publicación diario El Tiempo y concepto de la Superfinanciera. PROTECCION SA aportó formulario de afiliación, histórico de aportes, reporte de estado de cuenta y copia SIAFP

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 5 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 05 de noviembre de 1999, la demandante tenía 705,29 semanas (fl. 114), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 17 de Noviembre de 1963 – fl. 11), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad podría pensionarse en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.553 semanas – fl. 114), 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 una 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.

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 Horizonte hoy AFP Porvenir SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, 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.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de las demandada Protección SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración, debe resaltarse que lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social del demandante, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 de la constitución política, y no puede verse afectado por ningún motivo, y en ese sentido la AFP deberá realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos de administración, conforme lo indicó el Juez de instancia, pues fue descontado del aporte efectuado por el afiliado, y en ese sentido no se puede ver afectado su derecho a la seguridad social, por el simple hecho de haberse trasladado al RAIS, pues se reitera que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de traslado es retornar las cosas como si no hubiese existido el traslado. Se confirma.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **RUBY ESTHER CUJAR SOLANO** del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR SA el 5 de Noviembre de 1999

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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 SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes PORVENIR SA y PROTECCION SA, habrá lugar a condenarlos 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; 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 04 de Marzo de 2021 por el juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (PROTECCION SA y PORVENIR 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.

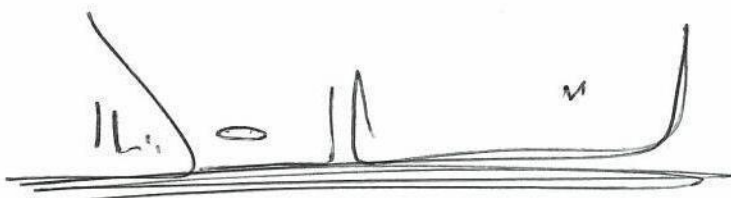
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310501220190017701)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310501220190017701)

Aclaro Voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310501220190017701)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Ponente**

**Radicación 2021-00620-01**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE:** IPS REDESIMAT CLÍNICA DE FRACTURAS SAS  
**DEMANDADO:** COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS SA  
**ASUNTO :** APELACIÓN (Demandada)

En la fecha, se constituye la Sala de decisión laboral en audiencia pública a fin de resolver de plano el recurso de apelación interpuesto por la demandada COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS SA, contra la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD el 4 de junio de 2020.

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir conforme a los siguientes:

**I. ANTECEDENTES**

La entidad REDESIMAT – CLINICA DE FRACTURAS SAS, obrando a través de apoderado judicial, presento ante la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, en desarrollo de su función jurisdiccional, solicitud de pago de la factura de prestación de servicios en salud relacionados por la suma de \$1.937.026 a cargo de COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS SA.



Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: Que el día 2 de agosto de 2018, siendo las 6:22 AM, ingresa a nuestra IPS el menor MICHEL LOPEZ SANCLEMENTE, quien se identifica con TI No. 1.117.349.288 de 13 años de edad, con antecedente de accidente de tránsito el 07/06/2018, atendido a través de la póliza SOAT emitida por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS No. AT 1317 17604928 5, donde sufrió trauma a nivel del codo izquierdo el cual presento fractura de humero distal que se manejó de forma quirúrgica con clavos de steiman.

Como consecuencia de la prestación del servicio de salud, la demandante facturó el mismo por la suma de \$1.937.026 que radicó ante la Compañía Mundial de Seguros el día 8 de septiembre de 2018, sobre la cual la aseguradora presentó objeción el día 26 del mismo mes y año, señalando que: *"... Al efectuar la correspondiente verificación del siniestro encontrando que las lesiones presentadas por la víctima le fueron causadas mientras se transportaba en un automotor distinto al amparado por la póliza del asunto."*

El 16 de octubre de 2018, la demandante dio respuesta a la objeción, y el 27 del mismo mes y año la Compañía de seguros ratificó la objeción en la que repetía lo expuesto en la glosa inicial, sin emitir pronunciamiento alguno en lo relacionado con la respuesta a la glosa.

Admitida la solicitud (fl. 38) y corrido su traslado, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD dio por no contestada la demanda por parte de la accionada COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS SA.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Tramitada la instancia, mediante providencia del 4 de junio de 2020, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, ACCEDIÓ a las pretensiones presentadas por la demandante, y declaró infundada la devolución/glosa formulada por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS SA a la factura 5841912 y, en consecuencia ORDENÓ su pago por valor de \$1.937.026 (fls. 44 a 48).

Indica que en la investigación del siniestro se verificó que el menor Michel López Sanclemente, se movilizaba como parrillero en una motocicleta diferente del cual la póliza se pretendió afectar, por tal razón se procedió a objetar en 4 oportunidades la solicitud de pago realizado por la parte demandante los días 12 de septiembre de 2018, 02 de noviembre de 2018, 17 de abril de 2019 y 26 de junio de 2019.

Lo anterior, a razón de que el señor ANDRES ALBERTO SANCELEMENTE CÁRDENAS, padre del menor MICHEL LÓPEZ SANCELEMENTE, confesó que el rodante por el que se presenta la reclamación no se encuentra involucrado en los hechos, conforme la entrevista escrita realizada el 23 de julio de 2018.

Conforme lo anterior, se acredita que el vehículo de placas NDP-28C no estuvo involucrado en los hechos, pues la víctima se transportaba en motocicleta de propiedad del señor Andrés Alberto Sanclemente Cárdenas (Padre del menor), como se puede verificar en el RUNT con placas GPL-49A, la cual no contaba con seguro para la fecha del accidente, motivos que lo llevó a prestar el seguro obligatorio de la motocicleta asegurada por la accionada, y en consecuencia, es improcedente condenar a COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS SA a realizar el pago de la Factura SB41912.

**B.** COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS SA presentó objeciones y glosas de manera oportuna y motivada conforme lo establecido en el Anexo 6 de la Resolución 3047 de 2008:

Afirma que es errónea la considerativa del Juzgado al indicar que la aseguradora no realizó la devolución de acuerdo a lo establecido en la Resolución 3047 de 2008, ya que la causal no se encuentra de manera taxativa dentro del Anexo #6 de la Resolución.

Así pues, manifiesta que conforme a las normas que regulan la cobertura del SOAT, la persona que ostenta la calidad de víctima o beneficiario de sus amparos, deberá acreditar tal calidad, así como la ocurrencia del hecho y la cuantía de su reclamación de acuerdo con lo establecido en el Art. 1077 del Código de Comercio; así mismo la Ley 1438 de 2011, en su artículo 143, habilita a las aseguradoras que operan en el ramo del SOAT a realizar auditorías posteriores.

Conforme lo anterior, COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS SA procedió a efectuar la correspondiente verificación del siniestro, encontrando que las lesiones



presentadas por la víctima le fueron causadas mientras se transportaba en un automotor distinto al amparado por la póliza del asunto.

En ese sentido, generó de manera oportuna y motivada las objeciones y glosas a la factura presentada por la demandante con el fin de manifestar las circunstancias de hecho y de derecho, por las cuales no eran posible reconocer el pago de la factura reclamada.

**C. Violación al debido proceso a COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS SA:**

Señala que de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política, el cual establece el debido proceso, se vio violado por parte de la SUPERINTENDENCIA DE SALUD, por cuanto no notificó a COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS SA en debida forma, pues el término establecido para ejercer el derecho de contradicción de la demanda, es inexistente y fuera de todo legal, pues debió darse un término coherente, prudencial, legal y debido de 10 días.

Por otro lado, dentro del plenario es evidente que no se surtieron las audiencias correspondientes, así como tampoco se practicaron las pruebas, no se dio traslado de alegatos de conclusión.

Finalmente, la SUPERINTENDENCIA DE SALUD aduce en la sentencia objeto de apelación que realizó una revisión técnica realizada por la profesional en salud CLAUDIA OFIR CUERVO, prueba que no fue puesta en conocimiento de COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS SA, violentando el derecho de contradicción, impidiendo la posibilidad de participar en el proceso, de presentar oposición y de refutar las afirmaciones establecidas.

**D. La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD no puede fallar contrario a la Ley, ni favorecer la mala fe:**

Finalmente señala que teniendo en cuenta que el señor ANDRES ALBERTO SANCLEMENTE CARDENAS, padre del menor accidentado, confesó que el vehículo por el que se presenta la reclamación no se encuentra involucrado en los hechos, razón por la cual, mal haría la SUPERINTENDENCIA DE SALUD fallar contrario a la Ley, pues es evidente que se utilizó una póliza de SOAT de una persona ajena a la ocurrencia de los hechos, esto es, el accidente de tránsito del 7

de junio de 018, que dio como resultado la lesión del menor Michel López Sanclemente, quien fue atendido por el demandante.

De tal manera que estaría patrocinando la mala fe de la entidad demandada, al pretender un pago por una póliza que no se afectó y de una motocicleta que nada tuvo que ver con el accidente de tránsito del 7 de junio de 2018.

## II. COMPETENCIA

El artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, concede funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para conocer y fallar en derecho, en primera y única instancia, con carácter definitivo con las facultades propias de un juez. Así mismo. Establece que el recurso de apelación ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate.

En consecuencia, corresponde a la Sala Laboral de esta corporación el pronunciarse sobre la azada, de acuerdo a las siguientes:

## III. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

La sociedad **IPS REDESIMAT CLÍNICA DE FRACTURAS SAS**, actuando a través de apoderado judicial, acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que se ordenara el pago de la factura de prestación de servicios en salud relacionados por la suma de \$1.937.026 a cargo de **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS SA**.

La accionada se niega al pago de la factura SB41912 por cuanto el vehículo de placas NDP-28C no estuvo involucrado en los hechos, pues la víctima se transportaba en motocicleta de propiedad del señor Andrés Alberto Sanclemente Cárdenas (Padre del menor), como se puede verificar en el RUNT con placas GPL-49A, la cual no contaba con seguro para la fecha del accidente, motivos que lo llevó a prestar el seguro obligatorio de la motocicleta asegurada por la accionada, y en consecuencia, considera que es improcedente condenar a **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS SA** a realizar el pago de la Factura SB41912.

A efectos de resolver los motivos de inconformidad planteados, corresponde a la Sala comenzar por indicar que no fue objeto de discusión entre las partes el



accidente que transito ocurrido el día 7 de junio de 2018 el menor Michel López Sanclemente, y frente al cual se generó la prestación del servicio de salud el día 023 de agosto de 2018, por la cual la demandante mediante factura No. 5841912, facturó el mismo por la suma de \$1.937.026, siendo radicada ante la aseguradora el 8 de septiembre de 2018, siendo devuelta el día 26 de septiembre de 2018 bajo la causal "Paciente se movilizaba en vehículo diferente al amparado", con respuesta de devolución/glosa el 16 de octubre de 2018, siendo ratificada la devolución el día 27 de noviembre de 2018, conforme los documentos allegados por la parte demandante.

De las pruebas obrantes en el plenario, se observa que el servicio de salud fue suministrado por la IPS REDESIMAT CLINICA DE FRACTURAS SAS, al paciente Michel López Sanclemente, menor de edad que se movilizaba en un vehículo cuya póliza SOAT, fue puesta de presente ante la IPS que de buena fe admitió la misma, y prestó el servicio como era su obligación.

Al respecto debe señalarse, que el artículo 7º del Decreto Ley 1281 de 2002 establece las condiciones para dirimir la presente controversia así:

***"Artículo 7º. Trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud. Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.***

*Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.*

*En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.*

*Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las*

*entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias."*

De igual manera, de conformidad con el numeral 14 del Anexo 5 de la Resolución 3047 de 2008, la factura por el cobro al SOAT y/o FOSYGA: Corresponde a la copia de la factura de cobro emitida a la entidad que cubre el seguro obligatorio de accidentes de tránsito - SOAT y/o a la subcuenta de eventos catastróficos y accidentes de tránsito del FOSYGA por la atención de un paciente.

En ese orden de ideas, la parte actora radicó factura SB41912 ante la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS SA, la cual fue **devuelta** mediante oficio del 12 de septiembre de 2018 señalando que "(...) *Luego de la verificación del siniestro se encontró que las lesiones presentadas por la víctima le fueron causadas mientras se transportaba en un automotor distinto al amparado por la póliza del asunto.*"

En ese sentido, el Anexo Técnico 6 de la Resolución 3047 de 2008 emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social, denominado Manual Único de Glosas y Devoluciones, define glosa y devolución así:

**Glosa:** *Es una no conformidad que afecta en forma parcial o total el valor de la factura por prestación de servicios de salud, encontrada por la entidad responsable del pago durante la revisión integral, que requiere ser resuelta por parte del prestador de servicios de salud.*

**Devolución:** *Es una no conformidad que afecta en forma total la factura por prestación de servicios de salud, encontrada por la entidad responsable del pago durante la revisión preliminar y que impide dar por presentada la factura. Las causales de devolución son taxativas y se refieren a falta de competencia para el pago, falta de autorización, falta de epicrisis, hoja de atención de urgencias u odontograma, factura o documento equivalente que no cumple requisitos legales, servicio electivo no autorizado y servicio ya cancelado. La entidad responsable del pago al momento de la devolución debe informar todas las diferentes causales de la misma.*



Así pues, debe precisarse que la causal de devolución que aduce la demandada no es propiamente una glosa/devolución, pues la invocada no existe en la codificación de las mismas, es decir, no hay una que señale que puede ser objetada por "Paciente se movilizaba en vehículo distinto al amparado por la póliza", sin dejar de lado que la misma es ajena a la prestación del servicio.

Ahora, conforme la Revisión Técnica realizada por la profesional en salud Claudia Ofir Cuervo Carrillo, quien hace parte del grupo técnico de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, el cual no requiere que se corra traslado a la demandada, como lo afirma el recurrente, pues es un trámite administrativo interno de la entidad del cual se vale a efectos de tomar su decisión.

Aclarado lo anterior, el análisis técnico antes indicado arrojó la siguiente conclusión:

*"Una vez analizada las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos objeto de la demanda, la pretensión y los respectivos soportes documentales presentados por el demandante, se procede a describir el análisis técnico:*

- 1. Se determina, que de acuerdo con lo manifestado por el demandante en los numerales 5º, 6º y 7º del acápite de HECHOS y en los soportes presentados, la devolución formulada por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS no corresponde a la prestación del servicio de salud por parte de REDESIMAT CLÍNICA DE FRATURAS a la víctima del accidente de tránsito, como a inconsistencias en la factura, soportes o pertinencia médica.*
- 2. La devolución formulada por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS a REDESIMAT CLÍNICA DE FRACTURAS, es ajena a la prestación del servicio de salud; se evidencia que se objeta que el vehículo con la póliza que amparaba a la víctima del accidente de tránsito atendido por REDESIMAT CLÍNICA DE FRACTURAS es diferente al vehículo que se movilizaba el menor.*

*Por lo anterior, por ser una devolución donde se objeta la veracidad del accidente de tránsito en cuanto los sujetos involucrados, vehículo distinto al amparado por la póliza del conflicto, no es ámbito técnico para determinar si es una devolución fundada o infundada, por carecer de criterios técnicos – legales aplicables para dirimir el conflicto suscitado entre las partes."*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala comparte la decisión de primera instancia, por cuanto la situación que aduce la demandada se aparta de la prestación del servicio de salud, pues como quedó atrás precisado, el asunto de la devolución radica en que el paciente se movilizaba en un vehículo diferente al amparado por la póliza, causal que no corresponde una devolución de las expresamente señaladas en la Resolución 3047 de 2008, pues las mismas son taxativas y se refieren a falta de competencia para el pago, falta de autorización, falta de epicrisis, hoja de atención de urgencias u odontograma, factura o documento equivalente que no cumple requisitos legales, servicio electivo no autorizado y servicio ya cancelado, circunstancia que conlleva a concluir que no es de recibo el argumento de la demanda y por ende no se encuentra justificada la devolución a la factura presentada por la demandante, en consecuencia, corresponde el pago de la suma de \$1.937.026 a favor de REDESIMAT CLÍNICA DE FRACTURAS, por haber prestado ésta de buena fe el servicio de salud.

En este punto debe resaltarse que no se está patrocinando la mala fe del tomador de la póliza, ni mucho menos pretender un pago por una póliza que no se afectó y de una motocicleta que nada tuvo que ver con el accidente de tránsito del 7 de junio de 2018, sino que por el contrario, se está declarando infundada la causal alegada por la demandada, toda vez que no se encuentra taxativamente en la Ley, y es por ésta razón que la aseguradora demandada tiene la posibilidad de ejercer el derecho de repetición en los estrados correspondientes, en contra del tomador del seguro, por dolo, culpa grave o vicios coetáneos a la contratación, conforme lo dispone el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, si a bien lo tiene, pues reitera que lo que se discute en el presente asunto es la causal de devolución argumentada por la demandada frente a la factura presentada por IPS REDESIMAT CLINICA DE FRACTURAS SAS, y no la buena o mala fe del tomador del seguro.

Los argumentos expuestos son suficientes para CONFIRMAR la determinación adoptada por el operador judicial de primer grado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**COSTAS.** Sin costas en la alzada.



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** de la decisión proferida en primera instancia el 4 de junio de 2020, por la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, por las razones expuestas en el presente proveído.

**SEGUNDO. NO CONDENAR** en costas en la alzada.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

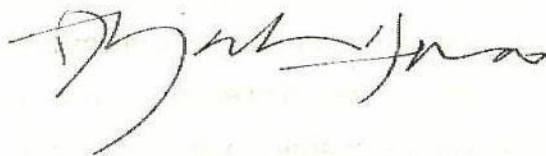


**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

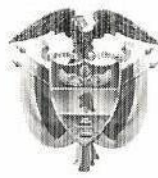
**Ponente**



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 32-2019-00021-01**

Bogotá D.C., junio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: MARÍA OLGA CAMPUZANO GRANADOS**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PROTECCIÓN SA**  
**AFP COLFONDOS 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 32º Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de octubre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fl. 6 a 8) presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) MARÍA OLGA CAMPUZANO GRANADOS instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP COLFONDOS y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente



sustentada como aparece a folio 9 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

### **DECLARATIVAS:**

1. La nulidad de la continuidad en la vinculación al régimen de ahorro individual de la señora MARÍA OLGA CAMPUZANO GRANADOS con COLFONDOS SA, toda vez que carece de toda validez por existir vicio del consentimiento del afiliado, es decir, error de hecho.
2. Que la AFP COLFONDOS SA no asesoró, ni brindó una información ni asesoría oportuna, clara y comprensible a la demandante.
3. En consecuencia, declarar válida la voluntad de MARÍA OLGA CAMPUZANO GRANADOS de estar afiliado a COLPENSIONES.
4. Que Colpensiones debe recibir el traslado de régimen, las cotizaciones y rendimientos necesarios para tramitar en dicho régimen la pensión de vejez de la demandante y que la misma se mantuvo sin disolución.
5. Que la AFP COLFONDOS SA, es la responsable de los perjuicios causados a MARÍA OLGA CAMPUZANO GRANADOS.

### **CONDENATORIAS:**

1. Condenar a la AFP COLFONDOS SA a procesar y tramitar el traslado de régimen del demandado al régimen de prima media administrado por Colpensiones de forma inmediata.
2. Condenar a la AFP COLFONDOS SA a trasladar el 100% de los aportes de la demandante, junto con sus rendimientos a Colpensiones.
3. A la AFP COLFONDOS SA, asuma las consecuencias económicas y legales por la falta de información, diligencia y oportunidad en la asesoría en manera de pensiones al demandado.
4. A COLFONDOS SA, a reconocer y pagar a título de indemnización de perjuicios la diferencia que pudiera existir entre los aportes realizados por la señora MARÍA OLGA CAMPUZANO GRANADOS al régimen de ahorro individual y los que deben acreditarse en el régimen de prima media y lograr así obtener las semanas necesarias para su pensión de vejez, así mismo de las mesadas pensionales que no sean reconocidas por COLPENSIONES.

### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

Contestaron la demanda: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (fls. 77 a 88), AFP COLFONDOS (fls. 105 a 120) y AFP

PROTECCIÓN SA (archivo 09 del expediente digital), de acuerdo al auto visible a folio 93, 122 y auto del 14 de septiembre de 2020. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 32° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 13 de octubre de 2020. **DECLARÓ PROBADAS** las excepciones de validez de la afiliación al RAIS formulada por Colpensiones; inexistencia de la obligación, ausencia de vicios del consentimiento y validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad formuladas por COLFONDOS SA e inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir formulada por PROTECCIÓN SA. **ABSOLVIÓ** a las demandadas y la integrada al proceso de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante MARÍA OLGA CAMPUZANO GRANADOS. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.

## RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se accedan a las pretensiones, teniendo en cuenta que las AFP no cumplieron con el deber que les asiste a dichas administradoras, desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, por cuanto incumplieron el deber de información dentro de la relación con PROTECCIÓN (antes COLMENA) hoy COLFONDOS, conforme lo dispone el Decreto 720 de 1994, así como también en el Estatuto Orgánico Financiero Decreto 663 de 1993, que en su artículo 97 exige que las AFP deben tener una conducta profesional y enfocada a que los afiliados tomen decisiones informadas, las cuales no se observa que ocurrió en el presente caso, es claro precisar que el Juzgado estudio parcialmente el material probatorio, tanto de la documental, que es la prueba reina de este tipo de procesos, como la testimonial, es claro que filtró lo que le convenía a las AFP, toda vez que no tuvo en cuenta por la testigo, la señora PATRICIA, la cual



manifestó mientras mantuvo su relación con COLMENA no vio reflejado lo que le habían indicado en la reunión de asesoramiento, también se debe tener en cuenta el material probatorio que obra dentro del expediente, esto es, el comunicado proferido por COLFONDOS, el cual no fue tachado de falso, ni el calculo presentado, en donde se observa que informaron que su mesada pensional iba a ser superior a la de Colpensiones, de lo cual en dicha prueba documental se establece lo contrario frente a la tasa de reemplazo y la mesada pensional. En ese sentido, las administradoras no probaron, conforme la prueba documental, así como en la declaración rendida por COLFONDOS, que se le haya dado una información, sin embargo se está basando el Juzgado en una declaración, toda vez que las demandadas afirman que los testigos están contradiciéndose en sus declaraciones, y mal hizo el Juzgado en filtrar la información a favor de las administradoras, y en contra de la demandante, es claro que lo que se manifestó en el auditorio, en una reunión presionada por el departamento de recursos humanos, como se llamaba en ese entonces, la AFP COLMENA y en otras reuniones con otras administradoras donde estudio la demandante, le indicaron que se iba a pensionar con el mismo salario, lo cual no es cierto, que la mesada pensional se iba a heredar hasta el quinto grado de consanguinidad, lo cual no es cierto, que el ISS se iba a acabar, y esa fue la presión que ejercieron dichas administradoras ejercieron en contra de los afiliados, incluyendo a la aquí demandante para obtener la firma de ese formulario.

También debe tenerse presente cuales eran los beneficios y características del RAIS, téngase en cuenta que la demandante venía de CAJANAL, no se prueba que haya recibido una diferenciación entre los dos regímenes pensionales, tan es así que ni la demandante, tiene claro cuantas son las semanas que se requiere para pensionarse, ni cuantos son los años son los que se requieren para pensionarse, lo que si es cierto es que la demandante no estuvo quieta buscando el traslado de régimen, sino que lo intentó con Colpensiones a efectos de volver al RPM.

Cabe también recalcar que no es necesario saber todas las administradoras por las que pasó la demandante dentro del RAIS, simplemente los testigos lo que manifestaron fue lo que les constaba en la reunión que estuvo la demandante, lo que si aclaran es que hubo una persecución por los fondos privados para obtener el traslado, incluso COLFONDOS la busco en varias oportunidades ya que estaba afiliada con CITICOLFONDOS, para tener mas beneficios supuestamente.

El Juzgado se está basando en un formulario pre impreso, del cual no se puede inferir que la demandante haya recibido la asesoría, y esta filtrando información que puede beneficiar a la actora para el traslado al RPM. Queda



también claro que la demandante no diligenció el formulario, tan solo lo firmó, sin saber información estaba relacionando en el formulario, simplemente un funcionario lo llenó, y le preguntaba lo que le convenía, lo que quiere decir que el mismo formulario esta viciado, como quiera que no esta diligenciado con el puño y letra de la demandante, ni mucho menos una carta de autorización de dicho soporte.

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 COLMENA SA efectuado por el (la) señor (a) MARÍA OLGA CAMPUZANO GRANADOS el día 25 de octubre de 1995; 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 consecuencialmente 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 CAJANAL (archivo 16 expediente digital), solicitó trasladarse a la AFP COLMENA SA, el 25 de octubre de 1995, con efectividad a partir del 1º de noviembre de 1995, posteriormente dada la cesión por fusión quedó afiliada a la AFP ING el 1 de abril de 2000 (fl. 41 – Archivo 09 expediente digital). Finalmente se afilió a la AFP COLFONDOS SA a partir del 5 de abril de 2000 (fl. 25).

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 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 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 apporto expediente administrativo de la demandante. AFP COLFONDOS SA aportó: comunicados de prensa. AFP PROTECCIÓN SA aportó: formulario de afiliación (1995), constancia de traslado de aportes, reporte de estado de cuenta, certificado, historia de vinculaciones del SIAFP, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 25 de octubre 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 25 de octubre de 1995, el (la) demandante tenía 866 semanas (fl. 56), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 10 de diciembre de 1959, fl. 27) 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 1.763 semanas – fl. 56), 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.

Ahora bien, si bien el 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 adocrinó *"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 MARÍA OLGA CAMPUZANO GRANADOS del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLMENA SA el 25 de octubre de 1995, y en consecuencia condenar a COLFONDOS 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 gastos de administración; 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 las demandadas.

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 13 de octubre de 2020 por el Juzgado 32º Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora MARÍA OLGA CAMPUZANO GRANADOS del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLMENA SA el 25 de octubre de 1995, y en consecuencia condenar a COLFONDOS 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, gastos de administración, 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 gastos de administración; 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 las demandadas.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310503220190002101)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310503220190002101)

Aclaro Voto!



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503220190002101)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 32-2018-00584-01**

Bogotá D.C., junio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: MYRIAM MARLEN TORRES D ACHIARDI**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR SA**  
**AFP PROTECCIÓN SA**  
**AFP COLFONDOS 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 32º Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada demandante (fl. 21 a 22), Porvenir SA (fls. 4 a 12), así como de Colpensiones (fl. 14) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 8 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**



El(la) señor(a) MYRIAM MARLENE TORRES D'ACHIARDI instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP COLFONDOS, AFP PROTECCIÓN SA y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 y 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

### **DECLARATIVAS:**

1. La nulidad del traslado de régimen de ahorro individual, toda vez que la AFP PROTECCIÓN SA no proporcionó a la señora MYRIAM MARLENE TORRES D'ACHIARDI una información completa, adecuada y suficiente y cierta para su traslado.
2. Que la AFP PROTECCIÓN SA incumplió con su obligación de carácter profesional al no suministrar a la señora MYRIAM MARLENE TORRES D'ACHIARDI una información completa y comprensible tanto en la etapa de vinculación, como en la determinación de las condiciones para su disfrute pensional.
3. Que la AFP PROTECCIÓN SA ocultó información sobre los riesgos que debía asumir la señora MYRIAM MARLENE TORRES D'ACHIARDI cuando suscribió el formulario de vinculación, pues no informó que el valor de la mesada pensional iba a ser inferior a la que recibiría en el RPM que administra Colpensiones.

### **CONDENATORIAS:**

1. A la AFP PROTECCIÓN SA a efectuar el traslado de los fondos que posee la señora MYRIAM MARLENE TORRES D'ACHIARDI a Colpensiones, producto de la declaratoria de nulidad de la afiliación del RAIS.
2. A la AFP COLFONDOS a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual de la señora MYRIAM MARLENE TORRES D'ACHIARDI en el tiempo que duró su vinculación, sin ningún tipo de descuento.
3. A la AFP PROTECCIÓN SA a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de MYRIAM MARLENE TORRES D'ACHIARDI, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el Art. 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
4. A la AFP COLFONDOS SA a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos su frutos e intereses como lo dispone el Art. 1746 CC, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, esto es, en el tiempo que permaneció su vinculación.
5. A Colpensiones a recibir todos los valores que poseen las administradoras en la cuenta individual de MYRIAM MARLENE TORRES D'ACHIARDI, así como

rendimientos y todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de MYRIAM MARLENE TORRES D'ACHIARDI.

6. Subsidiariamente a la indexación de las condenas.
7. Costas procesales.

## CONTESTACION DE LA DEMANDA

Contestaron la demanda: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (fls. 147 a 159) AFP COLFONDOS (fls. 241 a 258), AFP PROTECCIÓN SA (fls. 213 a 222) y AFP PORVENIR SA (fls. 342 a 360), de acuerdo al auto visible a folio 370. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 32° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 8 de septiembre de 2020. **DECLARÓ PROBADAS** las excepciones de validez de la afiliación al RAIS formulada por Colpensiones, validez de la afiliación a Protección SA, validez de la afiliación con Colfondos SA e inexistencia de la obligación formulada por Porvenir SA. **ABSOLVIÓ** a las demandadas y la integrada al proceso de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante MYRIAM MARLEN TORRES D' ACHIARDI. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.

## RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se accedan a las pretensiones, teniendo en cuenta que a consideración del Despacho que no se le da credibilidad al dicho de la demandante, en cuanto se le pone de presente unos documentos en donde plasma su firma y en varias respuestas es insistente en que no se le dio la asesoría correcta, en primer lugar, la demandante dijo, al momento en que se le pone de presente los documentos,



dice que si es su firma la que estaba plasmada en los formularios, la actora no lo desconoce, pero aclara que no se le brindó ninguna información, viciando su consentimiento, lo que es totalmente diferente a lo afirmado por el Juzgado. De igual forma, el Despacho afirma que la demandante estuvo coaccionada, sin embargo la actora nunca dijo esa palabra, dijo "presionada", dijo que se le pusieron algunos documentos, pero nunca se le asesoró o explicó, en ese sentido la apelación va encaminada a que no se logró probar que efectivamente se haya dado la información, pues la demandante no conoce al detalle las características legales del RAIS, las condiciones, los requisitos, es la información suficiente, la cual debe dársele al afiliado de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre los beneficios y desventajas que hay en el RAIS, pero no es posible asemejar la información brindada con un formulario pro forma. En el interrogatorio de parte de las representantes de los fondos, y se le pregunta específicamente sobre la modalidad de retiro programado, las mismas afirman que no saben o no dan una respuesta clara sobre qué consiste la modalidad de pensión, y no saben cómo explicar que si se le explico a la demandante sobre ésta modalidad. Como es posible que supuestamente se le dio una información clara, cuando desde el principio no se le dice a la persona que del 16% del aporte a pensión, no se va todo para la financiación de la misma, sino que por el contrario, de ese 16% va destinado a su pensión un 11.5%, lo demás se va para gastos de administración, y el seguros previsional.

En este sentido, la información fue incompleta, fue deficiente, y la demandante no pudo tomar una decisión sobre lo que iba a ser su futuro pensional.

Respecto de la firma del formulario, y la proyección de la mesada pensional en la re-asesoría, lo cierto es que en ningún momento el Juzgado no hace el análisis como se le explicó a la persona sobre la conveniencia de estar en este fondo o no, simplemente se le pone de presente un documento con una proyección matemática, pero realmente no le explicaron en que consistía esa proyección, la demandante lo afirma en el interrogatorio de parte.

2. **CARGA DE PRUEBA:** La Corte Suprema de justicia ha afirmado que en esta clase de procesos, se hace una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, no se entiende porque a pesar que la demandante, bajo la gravedad de juramento, no desconoce el documento, pero para el Despacho no es creíble lo manifestado por la actora. En ese sentido, el fondo privado no tiene manera de demostrar como se dio esa afiliación y que información se le da, sino que simplemente se le da una proforma a todo afiliado, este deber de información no quedó demostrado, trayendo a colación la sentencia 300 del

3 de abril de 2019, en la que adoctrina el máximo Tribunal que no se trata simplemente de adherirse de una cláusula genérica, sino que debe dársele los instrumentos completos para que tome la decisión de afiliarse al RAIS. En todo caso, no debe ser simplemente suscribir un formulario y con esos es suficiente para dársele el consentimiento informado a la decisión, el consentimiento informado es aquel donde le explica claramente las ventajas y desventajas que conllevan estar en el RAIS.

- 3. ACTUAR DE LA DEMANDANTE:** Por otro lado, afirma que la demandante no está buscando un provecho adicional en el sistema general de pensiones, por cuanto durante toda su vida laboral no ha atentado contra el sistema, ha cotizado de manera legal y no ha hecho daño, y la demandante no afectaría la estabilidad financiera, por cuanto se trasladarían todas las cotizaciones que la misma demandante ha aportado durante toda su vida laboral. Por el contrario, son las administradoras privadas son las que se han visto beneficiadas de las cotizaciones de la demandante, y sus rendimientos, la demandante cotizaba conforme la Ley, por lo que no le está haciendo trampa al sistema, ni está sacando provecho, siempre ha cotizado durante toda su vida laboral, por más de 30 años, y por consiguiente su pensión si hubiese estado en el RAIS sería más favorable, en ese orden de ideas se aparta respetuosamente de las consideraciones que motivaron al Juzgador de primera instancia negar las pretensiones de la demanda y absolver a las accionadas.

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 COLPATRIA SA efectuado por el (la) señor (a) MYRIAM MARLEN TORRES D'ACHIARDI el día 15 de septiembre de 1994; **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 consecuencialmente 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, solicitó trasladarse a la AFP COLPATRIA SA, el 15 de septiembre de 1994, con efectividad a partir del 1º de octubre de 1994, posteriormente solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS el 28 de enero de 2000, efectiva a partir del 1 de marzo de 2000. Luego, solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN SA el 24 de mayo de 2004, efectivo a partir del 1 de agosto de 2004. Igualmente, el 18 de noviembre de 2008 solicitó trasladarse a la AFP ING el 18 de noviembre de 2008, efectiva a partir del 1 de enero de 2009, finalmente dada la cesión por fusión quedó afiliada en la AFP Protección SA a partir del 31 de diciembre de 2012 (fl. 224).

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 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 historia laboral de la demandante. AFP PROTECCIÓN SA aportó: a de vinculaciones del SIAFP, formulario de afiliación (2009 y 2007), historia laboral, simulador pensional con fecha del 8 de febrero de 2007, respuesta derecho de petición, sabana de bono pensional. AFP COLFONDOS SA aportó: consulta detalle histórico de pagos, certificado de afiliación, historia laboral, formulario de afiliación (2000). AFP PORVENIR SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, formulario de afiliación (1997 y 1998), comunicados de prensa, certificado de afiliación.



Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 15 de septiembre de 1994, 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 15 de septiembre de 1994, el (la) demandante tenía 233,71 semanas (fl. 226), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 16 de abril de 1960, fl. 21) 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 2017 podría pensionarse en el RPM (Actualmente tiene 1.371,85 semanas – fl. 226), 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.

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 MYRIAM MARLEN TORRES D'ACHIARDI del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLPATRIA SA el 15 de septiembre de 1994, y en consecuencia condenar a PORVENIR SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas

sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración; 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 las demandadas.

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 8 de septiembre de 2020 por el Juzgado 32º Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora MYRIAM MARLEN TORRES D'ACHIARDI del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLPATRIA SA el 15 de septiembre de 1994, y en consecuencia condenar a PORVENIR SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, 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 gastos de administración; 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 las demandadas.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310503220180058401)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310503220180058401)

Aclaro Voto



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503220180058401)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 29-2019-00772-01**

Bogotá D.C., Junio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: ROSA DELIA MILLAN RINCÓN**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR SA**  
**ASUNTO: CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el grado jurisdiccional de Consulta de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el día 02 de Marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 69 del CPT y la SS.

Se reconoce personería a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con tarjeta profesional No. 221228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para todos los efectos del poder allegado (fl150).

El apoderado de la parte demandante (fl. 158), así como Colpensiones (Fl. 143-151) y Porvenir SA (Fls. 153 a 155) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 23 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

#### **ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) **ROSA DELIA MILLAN RINCÓN** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES



y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 27 a 33 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare nulidad y/o la ineficacia contra el acto por el cual se le indujo a afiliarse al fondo privado **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** encontrándome en el régimen solidario de prima media con prestación definida del Instituto de los Seguros Sociales hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.
2. Se declare la anterior Nulidad con fundamento que contra la voluntad de la actora no se le explicó ni se le informó por el fondo privado las desventajas de cambio del mismo, así como tampoco las consecuencias económicas y sociales del cambio de régimen.
3. Se condene a la Demandada a trasladar a la actora al régimen solidario de prima media con prestación definida de Colpensiones por el ser el régimen que le favorece social y económicamente que el régimen privado de ahorro individual y por cuanto al momento del traslado fuera inducida y engañada de mala fe por la demandada, a pesar que ella tenía los requisitos favorables en el régimen de transición.
4. Que se condene a la demandada a trasladar los aportes de la actora del fondo privado al régimen solidario de primas con prestación definida debidamente actualizadas e indexadas.
5. Que se condene a la Ultra y Extra Petita
6. Que se condene a la demandada a las costas y costos del proceso.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fl. 46 a 51) y PORVENIR SA (fls.97 a 118) de acuerdo al auto del 23 de Enero de 2020. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 29 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 02 de Marzo de 2021, **DECLARÓ** la **INEFICACIA** del traslado del régimen pensional que hizo la señora **ROSA DELIA MILLAN RINCÓN** con CC 39541368 ante **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el día 07 de Octubre de 1999 con efectividad del 01 de Diciembre de la misma anualidad **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 **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** a devolver o trasladar a **COLPENSIONES**, a recibir de **PORVENIR S.A** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **ROSA DELIA MILLAN RINCÓN** , por concepto de cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. **ORDENÓ** a **COLPENSIONES** a recibir de la administradora **PORVENIR SA**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora por concepto de cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. **NO CONDENÓ EN COSTAS, SOLICITA EN CONSULTA** en los términos del artículo 69 CPT y de la SS.

### **CONSULTA A FAVOR DE COLPENSIONES**

Procede la sala a resolver el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS.

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR efectuado por el (la) señora **ROSA DELIA MILLAN RINCÓN** el día 07 de Octubre de 1999 **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.SIAFP

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, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 07 de Octubre de 1999, con efectividad a partir del 1º de Diciembre de 1999 (fl. 66 del expediente).

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 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 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 Aportó el expediente administrativo del demandante y la historia laboral. PORVENIR SA aportó: Formulario de afiliación, comunicación del 02 de Septiembre del 2019, Consulta de Viabilidad, historial de vinculaciones, relación historia de movimiento, historia laboral consolidada, resumen de historia laboral, certificado de afiliación, concepto de Superintendencia Financiera 17 de Enero de 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el 07 de Octubre 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 el 07 de Octubre de 1999, la demandante tenía 269 semanas (fl. 79 del expediente), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 27 años (nació el 26 de Abril de 1967 – fl. 3) y al seguir cotizando como en efecto lo hace, al llegar a los 57 años de edad al año 2024 podría pensionarse en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.263 semanas – fl. 8), 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 una 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.

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 Porvenir SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, 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, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **ROSA DELIA MILLAN RINCÓN** del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 07 de octubre de 1999.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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.

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

Sin costas en esta instancia por estarse conociendo el grado jurisdiccional de Consulta.

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 02 de Marzo de 2021 por el Juzgado 29º Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.**

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**

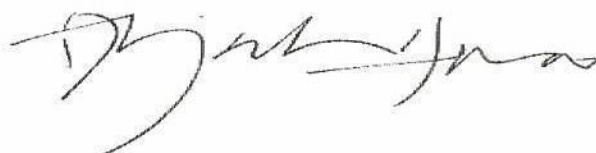
(Rad. 11001310502920190077201)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

**Aclaro Voto**

(Rad. 11001310502920190077201)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502920190077201)





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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 23-2020-00065-01**

Bogotá D.C., Junio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: NELCY DEL CARMEN BELTRAN RAMOS**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR SA**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**  
**(COLPENSIONES Y PORVENIR SA) // CONSULTA**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandada (Colpensiones y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de Enero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería al abogado JORGE ANDRÉS MEJIA CANCELADO con tarjeta profesional No. 305.240 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la parte DEMANDANTE, para todos los efectos del poder allegado (fl59).

El apoderado de la parte demandante (fls. 56 a 59), así como Colpensiones (fls. 61) y Porvenir SA (fl. 63 a 70) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado

en auto del 08 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **NELCY DEL CARMEN BELTRAN RAMOS** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la ineficacia y nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual por parte de la actora.
2. Se declare que la actora tiene derecho a regresar al Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado por Colpensiones.
3. Que se condene a Porvenir S.A, a trasladar los aportes del actor al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.
4. Que se condene a la Administración Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir los aportes de la actora por parte de porvenir S.A
5. En caso de oposición de la demanda se les condene al Pago de los Gastos Procesales y agencias en Derecho.

## CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES y PORVENIR SA (fls.71) de acuerdo al auto del 3 de Septiembre de 2020. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 23 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 18 de Enero de 2021, **DECLARÓ** la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado de la demandante **NELCY DEL CARMEN BELTRAN RAMOS** al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** **CONDENÓ** a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** a devolver o trasladar a



**COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **NELCY DEL CARMEN BELTRAN RAMOS**, como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, 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. **DECLARÓ** que la demandante **NELCY DEL CARMEN BELTRAN RAMOS**, para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **CONDENÓ EN COSTAS** a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** y **ORDENO** se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a **COLPENSIONES**.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandada (PORVENIR SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO:** Se presenta recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, en primer lugar se reconoce que efectivamente aunque se declaró una ineficacia es importante hacer énfasis que la señora NELCY recibió la asesoría en el momento en que se generó la afiliación, se manifestó en los alegatos conclusivos que hay ausencia de DOLO pues no fue probado ni declarado dentro del proceso, también se manifiesta que en el expediente no existe una prueba de la información que recibió la demandante ya que en el año de 1994 la afiliación se hacía de forma verbal, y el legislador no pedía una prueba adicional al formulario de afiliación para saber si se suministró una información real y oportuna, resalta que así como no puede restársele el valor probatorio tampoco se indica cuál es la prueba que se debe allegar por parte del fondo de pensión para demostrar que se le daba la debida información, manifiestan no poder traer una prueba de hace más de 20 años o documento adicional a los aportados al expediente, por ende se estaría generando una carga procesal a la representada imposible de probar, el formulario de afiliación es un documento público, autentico y no fue tachado de falso, así mismo se trae a colación que durante 26 años la señora NELCY permitió los



descuentos de ley y no tuvo una expresión de inconformidad por lo cual lo interpretarían como un acto de relacionamiento, manifestado en su momento por la corte.

- 2. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:** Así mismo referente a los gastos de administración se resalta que el fallador en primera estancia genera una condena en los gastos de administración de forma provisional del seguro, desconociendo que conforme al inciso 2 del art 20 de la ley 100 de 1993 y también en el régimen de prima media se destina un 3% de cotización correspondientes a financiar gastos de administración pensión de invalidez y sobrevivientes, dichos gastos no forman parte integral de la pensión vejez por ello están sujetos a la prescripción, aunque se declaró no probada esa excepción, se resalta que como no es un emolumento que financie esa pensión vejez si está sujeto a la prescripción, se vincula el concepto de la superintendencia financiera del día 17 de Enero del 2000, resaltando que en esa oportunidad para los eventos de nulidad o ineficacia, y por los cuales los fondos se vayan a trasladar, no se dijo que se devuelven los gastos de administración, toda vez que la aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, por lo tanto se manifiesta que generar ese traslado de gastos de administración y de otros dineros que no corresponde al rendimiento de capital ahorrado genera un enriquecimiento sin justa causa de la demandante, reiteradamente se resalta que la representada lo hizo de buena fe y no le era posible saber que 26 años después la demandada se iba a escudar en la falta de información porque su plan de pensión no resultó acorde con sus aspiraciones, manifiesta el fallador de primera instancia que la señora demandante no se dirigió o no se acercó a un fondo de pensión, por ende se destaca que ese deber de información de la representada se cumplió, y ahora se solicita una probanza imposible de ejecutar, además se agrega que la señora NELCY como consumidora financiera también tenía ese deber de informarse adecuadamente sobre el sistema general de pensiones y no lo hizo, se cataloga como una negligencia de la parte demandante que no se podría aceptar ni podría cubrir el fondo, por tal motivo se solicita al tribunal revocar la sentencia y absolver a la representada en cada uno de los cargos.

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. NULIDAD Y/O INEFICACIA:** Se pide tener en cuenta que para el caso en concreto no hay elementos que prueben los vicios de consentimiento, o dolo



para el consentimiento de la demandante, la demandante había cotizado 92,43 semanas y le hacían falta más de 25 años para acceder a la pensión, lo anterior teniendo en cuenta la sentencia C 789 de 2002 sobre expectativa legítima, además se pidió tener en cuenta que la demandante ya se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 93 por ende no sería beneficiaria del régimen de transición por semanas, para lo cual no le serían aplicables las sentencias SU de la corte constitucional, se resaltó la sentencia con radicado 2016-0087 del 17 de Enero 2017 del tribunal superior de Pereira, la cual indica que la simple manifestación de inconformidad del valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media puede resultar ser superior al que se ha recibido en el RAIS, por lo cual por sí sola no constituiría una prueba de engaño o por una equivocada información por parte del fondo, se resalta que la demandante en el interrogatorio de parte manifestó que su principal motivo es porque se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en el RAIS, por ende lo que se presentaría en este caso es que no se logra probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, además se relaciona que para el año que corresponde es decir 1994, los fondos solo tenían la obligación de brindar la información del traslado, se destaca el desinterés o un descuido por parte de la demandante y su decisión de cotizar de manera libre y voluntaria por más de 20 años, así pues la parte de manera respetuosa pide revocar la sentencia en primera instancia.

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 efectuado por el (la) señora **NELCY DEL CARMEN BELTRAN RAMOS** el día 4 de Noviembre de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y 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, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 04 de noviembre de 1994, con efectividad a partir del 1º de Diciembre de 1994 (Fl. 61 del archivo “contestación de la demanda” del expediente digital)

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 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 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 aportó el expediente administrativo de la demandante, y PORVENIR SA aportó: copia del certificado Asofondos SIAFP, copia formulario de vinculación 04 de Noviembre de 1994, copia página EL TIEMPO 14 de Enero de 2004, copia de concepto de la Superfinanciera Rad 2019152169-003-000 de Enero de 2020, copia de comunicado del 20 de Noviembre de 2019 de Porvenir, copia respuesta con radicado 0100223024632700, copia certificado de vinculación 30 de octubre de 2020, copia relación histórica de la CAI, Copia relación histórica laboral consolidada del demandante, Copia relación de aportes de la demandante, Copia de la historia laboral del bono pensional de la demandante, Copia del Bono pensional.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 4 de Noviembre de 1994, 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, la demandante tenía 92,43 semanas (fl. 13 del expediente), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 19 de Diciembre de 1961 – fl. 12) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad al año 2018 podría pensionarse en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.274 semanas – fl. 18), 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 una 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.

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 Porvenir SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, 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.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de las demandada Porvenir SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración, debe resaltarse que lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social del demandante, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 de la constitución política, y no puede verse afectado por ningún motivo, y en ese sentido la AFP deberá realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos de administración, conforme lo indicó el Juez de instancia, pues fue descontado del aporte efectuado por el afiliado, y en ese sentido no se puede ver afectado su derecho a la seguridad social, por el simple hecho de haberse trasladado al RAIS, pues se reitera que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de traslado es retornar las cosas como si no hubiese existido el traslado. Se confirma.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL**



**TRASLADO** que realizó la señora **NELCY DEL CARMEN BELTRAN RAMOS** del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 4 de Noviembre de 1994.

**EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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 SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes COLPENSIONES y PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlos 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; 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 18 de Enero de 2021 por el juzgado 23° Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES y PORVENIR 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.

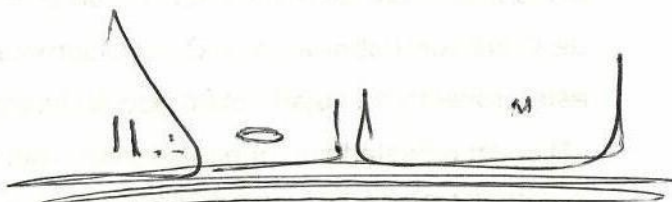
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

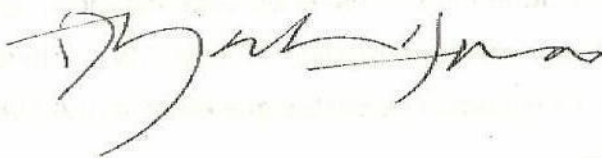
(Rad. 11001310502320200006501)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502320200006501)

**Aclaro Nota!**



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502320200006501)





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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 16-2018-00461-01**

Bogotá D.C., junio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: SANDRA PATRICIA CASTRO BUENO**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR SA**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**  
**(COLPENSIONES Y PORVENIR SA) // CONSULTA**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandada (Colpensiones y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de Enero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con tarjeta profesional No. 221228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para todos los efectos del poder allegado (fl.243).

El apoderado de la parte demandante (fls. 225-238), así como Colpensiones (fls. 240-243) y Porvenir SA (fs. 260-268) presentaron alegaciones por escrito, según lo

ordenado en auto del 26 de Febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **SANDRA PATRICIA CASTRO BUENO** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece de folio 58 al 84 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- a. Se declare que la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA al trasladar del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 06 de Junio de 1996 a la señora **SANDRA PATRICIA CASTRO BUENO** la asesoró de manera errada e inadecuada, sin un análisis juicioso, y profesional sobre las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS)
- b. Como consecuencia de lo anterior se decrete la Nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, con la entidad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSANTÍAS PORVENIR SA.
- c. Ordenar a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSANTÍAS PORVENIR SA. Trasladar a la señora SANDRA PATRICIA CASTRO BUENO al régimen de Prima Media con prestación definida los aportes, rendimientos, y semanas cotizadas a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, como si nunca se hubiese surtido el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- d. Ordenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES aceptar el traslado de la señora SANDRA PATRICIA CASTRO BUENO al régimen de prima media con Prestación Definida administrado por esa entidad.
- e. Se Condene al pago de las costas procesales y agencias en derecho que se ocasionen con este proceso a las demandadas.
- f. Que se apliquen las facultades extra y ultra petita concedidas al Despacho.



Posteriormente el(la) señor(a) **SANDRA PATRICIA CASTRO BUENO** instauró Reforma a la demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA como consta en Fls. 166 a 191, modificando las pretensiones a y c de la demanda e incluyó un acápite de pretensiones subsidiarias en los siguientes términos:

#### **MODIFICADAS- PRETENSIONES PRINCIPALES:**

a. SE DECLARE que la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSANTÍAS PORVENIR SA al trasladar a SANDRA PATRICIA CASTRO BUENO del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-ISS el 06 de Junio del año 1996, no cumplió con su deber de ofrecer a su afiliado la información pertinente, veraz y oportuna suficiente respecto de las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), causándole un grave perjuicio en lo que respecta al valor de su futura mesada pensional.

C. ORDENAR a trasladar de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSANTÍAS PORVENIR SA a la señora SANDRA PATRICIA CASTRO BUENO al régimen de prima media con prestación definida los aportes, rendimientos y semanas cotizadas (sin incluir dentro de dicho traslado los gastos de administración y la comisión del seguro previsional cobrados durante la vigencia de la afiliación) ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en las mismas condiciones impetradas como si nunca se hubiera surtido el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

#### **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:**

- a. SE DECLARE que ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSANTÍAS PORVENIR SA, al trasladar del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a SANDRA PATRICIA CASTRO BUENO el 06 de Junio del año 1996 no cumplió con su deber de Ofrecer a su afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto de las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) omitiendo la debida y oportuna asesoría al momento de la vinculación y durante la vigencia de la relación contractual con la correspondiente entidad administradora (PORVENIR SA), causándole un grave perjuicio en lo que respecta al valor de su futura mesada pensional.
- b. Como consecuencia de la anterior declaración se decrete la ineficacia del traslado, al régimen de ahorro individual con solidaridad con la entidad



ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSANTÍAS PORVENIR SA.

- c. Ordenar al Fondo entidad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSANTÍAS PORVENIR SA. trasladar a la señora SANDRA PATRICIA CASTRO BUENO al régimen de Prima Media con prestación definida, los aportes, rendimientos, y semanas cotizadas (Sin incluir dentro de dichos traslados LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y LA COMISIÓN DEL SEGURO PREVISIONAL cobrados dentro de la vigencia de la afiliación por parte de PORVENIR S.A), a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, como si nunca se hubiese surtido el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- d. Ordenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES aceptar el traslado al Régimen De Prima Media con prestación definida administrado por esa entidad.
- e. Se Condene al pago de las costas procesales y agencias en derecho que se ocasionen con este proceso a las demandadas.
- f. Que se apliquen las facultades extra y ultra petita concedidas al despacho.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (Fls. 112-117) y PORVENIR SA (Fls. 138-147) de acuerdo al auto con fecha del 29 de Octubre de 2018. Se opusieron a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de fondo y de mérito, así mismo se presentó la contestación de la Reforma de la Demanda admitida el 18 de Noviembre de 2019 por parte de COLPENSIONES (Fls. 197-198) y PORVENIR S.A (Fls. 204-205)

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 16 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 18 de Enero de 2021, **DECLARÓ** la **INEFICACIA** del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó la demandante **SANDRA PATRICIA CASTRO BUENO identificada con CC No. 39.554.990** el día 06 de Junio de 1996 y que tuvo efectividad desde el 01 de Agosto del mismo año, esto debido a la omisión del deber de información por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, SE CONDENÓ** PORVENIR S.A a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de Ahorro Individual de la demandante con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** como administradora de régimen de prima media con prestación definida, el cual se declara es el único al que en forma válida



se ha encontrado afiliada la demandante. **CONDENÓ a COLPENSIONES** a recepcionar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte actora conforme se ordena en la presente sentencia y a activar el régimen de prima media con prestación definida en favor de la demandante conforme a lo expuesto. **CONDENO a PORVENIR SA** a que el traslado de recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a **COLPENSIONES**, incluya la totalidad de los dineros que la constituyen incluyendo: intereses, réditos, y demás emolumentos, y en general deberá trasladar todo valor que se haya recibido con motivo de las cotizaciones en favor de la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad. **DECLARÓ** no probada las excepciones propuesta por la parte demandada y **CONDENÓ** en costas de la instancia a la parte demandada, por los montos de **MEDIO (1/2) DE SMLMV** a cargo de **PORVENIR SA** y de **UN CUARTO (1/4) DE SMLMV**.

## RECURSO DE APELACIÓN

### La parte demandada (PORVENIR SA):

Se presenta recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho, pues se considera que en la condena del Fondo el fallador tuvo muy presente el deber de información de las administradoras de pensiones, que se acogió a la línea jurisprudencial emitida en el año 2008 con la radicación 39989, y que a criterio diferente del apoderado no podría hablarse de una doctrina legal probable frente a casos o jurisprudencia en el cual los supuestos facticos son diferentes al caso en concreto, se resalta que la ineficacia del traslado tenga relación estrecha con los supuestos facticos, es decir que encajen al caso en concreto, esto es evaluando si las personas son beneficiarias del régimen de transición como una expectativa, o si se tienen derechos adquiridos de sus derechos pensionales, la corte ha mencionado que no es suficiente estar hablando de régimen de transición para justificar la nulidad del traslado, el criterio debe ser importante al optar una línea jurisprudencial, afirma que el derecho de información se debe examinar desde diferentes perspectivas, la carga probatoria debe ser clara en su exigencia, esto es que si el formulario no se entiende como prueba suficiente entonces se pregunta qué otro medio se estaría exigiendo, si en ese entonces la ley no exigía uno diferente, se aclara que en el año 1996 no era previsible los riesgos que podría ocasionarle a la demandante propiamente porque la configuración del monto de su mesada pensional no es suficiente, es lo que actualmente la aqueja, entonces se va a ir configurando en el tiempo a situaciones particulares que dependen en este caso también de la demandante, como la constancia base de ingreso de cotización, los aportes válidos y los rendimientos que generen esa cuenta de ahorro individual, es



decir que a futuro van a seguir pasando situaciones que no son previsibles para el asesor porque no dependen de él mismo, en ese supuesto manifiesta claridad por parte del fondo, pues cumplió con el deber de información y lo que para en su momento exigía la ley como el formulario de afiliación, por este argumento se procede a apelar y propiamente se le solicita a la honorable sala laboral del tribunal superior de Bogotá revocar la sentencia en su totalidad y se absuelva a la representada en todo.

### **La parte demandada (COLPENSIONES):**

Interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia: Se considera que el despacho omitió que si bien entre el fondo privado y el afiliado se celebró un contrato, Colpensiones no podría involucrarse en una respuesta diferente teniendo en cuenta la teoría de los negocios donde la voluntad es de las partes decidir modificar o dejar sin efecto ese acto celebrado, así pues cuando la demandante solicitó el traslado para justificar el engaño, no era Colpensiones la competente para dejar sin efecto un negocio en el que no hizo parte, por ende se resalta que corresponde a los jueces dejar sin efecto el contrato celebrado, se considera que el juez al decidir en el fallo condenar a Colpensiones no tiene en cuenta la situación particular, por lo anterior se solicita se revoque la condena a la representada, además que se adicione en la sentencia el sentido de la condena a PORVENIR, pues si bien el despacho lo nombró incluyendo intereses, réditos, no se deja especificado lo ordenado por las sentencias 4989 del 2018 y 1421 del 2019 de la Corte Suprema de Justicia, con el objetivo de no descapitalizar los fondos y garantizar los derechos del sistema pensional, se está condenando a una obligación de hacer por ende se solicita que se adicione a la sentencia la devolución de todo los aportes del demandante junto con las cuotas de administración, garantía de pensión mínima, reaseguros o seguros provisionales y los rendimientos financieros como lo contempló la línea jurisprudencial que aplicó el despacho.

No obstante lo anterior 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. (LISTO)

### **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 efectuado por el (la) señora **SANDRA PATRICIA CASTRO BUENO** el día 06 de Junio de 1996; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados del fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente 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, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 06 de Junio de 1996, con efectividad a partir del 1º de Agosto de 1996 (fl. 150 del archivo “contestación de la demanda de PORVENIR”)

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 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 se sumó al aporte allegado por la parte actora, anexa el expediente laboral e historia laboral actualizada de la demandante. PORVENIR SA aportó: historial de vinculaciones de SIAFP, formato de afiliación 743768 (1996), certificado de afiliación a la AFP Porvenir SA, relación histórica de movimientos Porvenir, relación de aportes, historia laboral válida para bono pensional. (fl.145) y Carta de 11 años proferida por PROVENIR S.A que NO corresponde a la señora SANDRA PATRICIA CASTRO BUENO sino a persona diferente del referenciado.



Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 06 de Junio de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener 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 del 06 de Junio de 1996, la demandante tenía 542 semanas cotizadas en el RPM (fl. 8 del expediente), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 23 Julio de 1962 – fl. 2) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad al año 2019 podría pensionarse en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.602 semanas – fl. 7), 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 una 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.

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 Porvenir SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, 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.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de las demandada Porvenir SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración, debe resaltarse que lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social del demandante, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 de la constitución política, y no puede verse afectado por ningún motivo, y en ese sentido la AFP deberá realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos de administración, conforme lo indicó el Juez de instancia, pues fue descontado del aporte efectuado por el afiliado, y en ese sentido no se puede ver afectado su derecho a la seguridad social, por el simple hecho de haberse trasladado al RAIS, pues se reitera que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de traslado es retornar las cosas como si no hubiese existido el traslado. Se confirma.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora SANDRA PATRICIA CASTRO BUENO del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 06 de Junio de 1996.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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 **DECLARAR NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

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

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes COLPENSIONES y PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlos 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; 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 18 de Enero de 2021 por el juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá.



**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES y PORVENIR 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**

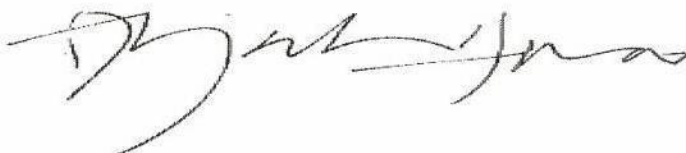
**Ponente**

(Rad. 11001310501620180046101)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310501620180046101)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310501620180046101)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 15-2019-00668-01**

Bogotá D.C., Junio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: CLAUDIA LUCILA MESA CHAMORRO**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PROTECCIÓN SA**  
**ASUNTO: CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el grado jurisdiccional de Consulta de la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de Febrero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS.

El apoderado de la parte demandante (fl. 148 medio digital), presentó alegaciones por correo electrónico, según lo ordenado en auto con fecha del 03 de Mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) **CLAUDIA LUCILA MESA CHAMORRO** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN SA debidamente sustentada como aparece a folios 2 a 15 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:



1.- Se Declare la NULIDAD y/o INEFICACIA del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado por la señora **CLAUDIA LUCILA MESA CHAMORRO** a través de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías **PROTECCIÓN S.A.** efectiva desde el 01 de noviembre de 1994.

2.- Como consecuencia de lo anterior, se ordene:

a). A la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – **COLPENSIONES** el valor completo de las cotizaciones obligatorias, los rendimientos financieros que se hubieren causado y el saldo de la cuenta individual de la señora **CLAUDIA LUCILA MESA CHAMORRO**, realizados durante todo el tiempo de su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

b). A la Administradora Colombiana de Pensiones –**COLPENSIONES** a recibir los dineros trasladados por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PROTECCIÓN S.A.** correspondientes a las cotizaciones, los rendimientos financieros y saldo de la cuenta individual, que se causaron durante todo el tiempo de vinculación al régimen de ahorro individual de la señora **CLAUDIA LUCILA MESA CHAMORRO**.

c) A la Administradora Colombiana de Pensiones –**COLPENSIONES** a registrar en la historia laboral las semanas cotizadas correspondientes a los dineros que se ordenen trasladar a Colpensiones por las cotizaciones, los rendimientos financieros y saldo de la cuenta individual, que se causaron durante todo el tiempo de vinculación al régimen de ahorro individual de la señora **CLAUDIA LUCILA MESA CHAMORRO**.

3.- Que de ser necesario se utilicen las facultades establecidas por el artículo 50 del C.P.L., de *ultra y extra petita*.

4.- Que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho, con motivo de la presente demanda judicial.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls.113 a 120) y AFP PROTECCIÓN SA (fls.55 a 68) de acuerdo al auto del 05 de Diciembre de 2019. Se proponen excepciones de mérito y de fondo.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 15 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 25 de Febrero de 2025 **DECLARÓ** la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado de la señora **CLAUDIA LUCILA MESA CHAMORRO** identificada con cedula de ciudadanía No. 51.804956 del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 13 de Octubre del año 1994 a través de la administradora **PROTECCIÓN**, como consecuencia de lo anterior **ORDENÓ** a la demandada a esta administradora traslade estos recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual a la administradora de Prima Media **COLPENSIONES**, a esta última que reactive la afiliación, acredite como semanas efectivamente cotizadas esos recursos, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiese trasladado al Régimen de Ahorro Individual, como consecuencia natural de esta ineficacia. Todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva. **SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA, DECLARÓ** no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas y si la decisión no fue apelada solo se envía para grado jurisdiccional de Consulta respecto a Colpensiones en los términos del artículo 69 CPT y de la SS.

### **CONSULTA A FAVOR DE COLPENSIONES**

Procede la sala a resolver el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS.

### **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 PROTECCIÓN SA efectuado por el (la) señora **CLAUDIA LUCILA MESA CHAMORRO** el 13 de Octubre del año 1994.; **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 consecuencialmente 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, solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN el 13 de Octubre de 1994 con fecha de efectividad del 01 de Noviembre de 1994 (fl. 76)

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 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 adocinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación la 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 aportó el expediente administrativo de la demandante, AFP PROTECCIÓN SA aportó solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por PROTECCIÓN, Certificado del sistema de información de los afiliados a las administradoras de Fondos de Pensiones SIAFP y del cual hace parte Colpensiones, donde consta la fecha del traslado de régimen, Resumen de la Historia Laboral emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público Oficina de Bonos Pensionales, Pantalla de AS400 con el estado actual de la demandante Activo, Respuestas a Derechos de Petición, Certificado historia laboral de la demandante, Concepto Superintendencia Financiera, Comunicado de prensa del año en gracia.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 13 de Octubre del año 1994, 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 13 de Octubre de 1994, la demandante tenía 168.29 semanas (fl. 99 del expediente), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 28 años (nació el 16 de Junio de 1966 – fl. 16) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo al llegar a los 57 años podría pensionarse en el RPM. (Actualmente ha cotizado más de 1094.86 semanas – fl. 99), 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 una 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.

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.

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, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **CLAUDIA LUCILA MESA CHAMORRO** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN SA el 13 de Octubre del año 1994.

#### **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 SEGUNDA INSTANCIA:**

Sin costas en esta instancia por estarse conociendo el grado jurisdiccional de Consulta.

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 25 de Febrero de 2021 por el juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.**

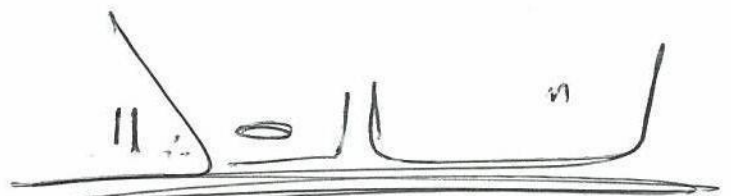
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310501520190066801)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310501520190066801)

Aclaro Voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310501520190066801)





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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 12-2018-705-01**

Bogotá D.C., Junio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: MARIO ALFREDO GALVIS MANTILLA**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR SA**  
**AFP PROTECCIÓN SA**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandante contra Colpensiones, Porvenir SA y Protección SA por sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de Febrero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con tarjeta profesional n.º 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para los efectos del poder que obra a folio 290 del expediente.

El apoderado de la parte demandante (fls.256-260) con complemento de alegatos (fls. 266 a 269) así como AFP Porvenir SA (fls. 272 a 279), Colpensiones (fls. 283 a 289) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de Febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **MARIO ALFREDO GALVIS MANTILLA** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA Y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 a 28 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad del traslado y afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado para el caso en concreto por la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Protección SA.
2. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene el retorno del señor **MARIO ALFREDO GALVIS MANTILLA** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado actualmente por Colpensiones.

## PRETENSIONES SECUNDARIAS

1. Que, como consecuencia de la pretensión principal, se declare la nulidad del traslado entre Administradoras de fondo de pensiones del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad realizado entre las AFP Protección y Porvenir SA en Julio del año 2001
2. Que, como consecuencia de la pretensión principal se declare la nulidad del traslado entre Administradoras de Fondo de Pensiones del Régimen de Ahorro individual con solidaridad, realizado entre las AFP Porvenir SA y Protección SA en febrero del año 2002.
3. Que se Ordene a la AFP Protección SA, trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la afiliada y Demandante.
4. Que se declare y reconozca a favor de la demandante, cualquier otro derecho distinto al pretendido en la demanda siempre y cuando se halle demostrado dentro del proceso, esto, en aplicación a las facultades extra y ultra petita del juez laboral.
5. Que se condene en costas a la parte demandada.

## CONTESTACIÓN DE DEMANDA



Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 219 a 225), AFP PORVENIR SA (fls. 196 a 203) AFP PROTECCIÓN (fls. 133 a 150) de acuerdo al auto del 11 de Enero de 2019. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de fondo y de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 12 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 08 de Febrero de 2021, **ABSOLVIÓ** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, de todas y cada una de las súplicas de la demanda incoadas por el señor **MARIO ALFREDO GALVIS MANTILLA**, conforme la parte motiva de la presente decisión, **DECLARÓ** probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación alegada por **COLPENSIONES**, **PROTECCIÓN**, y por **PROVENIR SA**, sin pronunciamiento exceptivo adicional sobre el particular. **SIN CONDENA EN COSTAS** en la instancia.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **Parte Demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia ya que afirma que dentro del interrogatorio de parte se pudo evidenciar que el demandante indicó que era la gerencia del hospital quienes en los cambios de gerencia era cuando recibían la visita de funcionarios de fondos privados, y prácticamente ellos (los empleados) **TENÍAN** que hacer esos traslados en el momento, es decir, esos traslados no obedecían al interés del rendimiento financiero de cada persona, en este caso el demandante no sabía que iba a una cuenta individual ni que ganaba rendimientos financieros, además sustenta que la apelación se presenta porque es evidente que el despacho se aparta de las sentencias de la Corte toda vez que en esas sentencias se habla de un traslado y no de dos o más traslados, se está dando una ampliación que no corresponde a la jurisprudencia de la corte suprema de justicia por parte del despacho, solicita de manera atenta que el tribunal superior acoja a cada una de las pretensiones incluidas las costas, manifiesta que lo que se debe probar por parte de los fondos es que hubo una información adecuada y oportuna y eso no es lo que se infiere, así mismo cita la sentencia 1688 de 2019 donde se establece que incluso



debe haber un mínimo de “re-asesoría”, las aseguradoras debieron dar la asesoría al afiliado aplicando el principio de la oportunidad de información, donde se debe juzgar la oportuna información en el acto jurídico, es decir al momento del traslado y No con posterioridad, que según manifiesta es muy contrario a lo que indica el despacho donde se dijo que porque hubo dos traslados entre aseguradoras privadas entonces se entiende que el demandante está de acuerdo, explica que estos traslados entre administradoras es fruto por cierta parte de las acciones de su empleador y por los asesores de los fondos privados que iban, es decir, manifiesta que no solo hubo falta de información de parte de los asesores de los fondos sino de desinformación en tres ocasiones por lo que agrava más la posición del demandante.

**El Ministerio Público** presenta recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, en primer lugar, que se declare la ineficacia del traslado y todo lo que ella implica, lo que se está buscando no es que se discuta el traslado de un fondo privado a otro fondo privado, se está apelando es el régimen del afiliado, de manera que no se juzgue sobre la base de traslados de fondos pensionales privados, manifiestan que en nada se debe desdibujar las pretensiones de la demanda, indistintamente que esté en cualquier fondo privado sus características son las mismas, por ende que ese traslado no cambiaría las pretensiones del demandante de querer cambiar al régimen de prima media. Aclara que el deber de información debe ser en todo momento, no se debe convalidar el acto jurídico viciado de parte de los fondos porque se cambió entre fondos privados, en ese sentido aduce que la sala laboral de la honorable corte suprema de justicia se ha pronunciado en la sentencia con radicado 31989 de septiembre del año 2008 según la cual el deber de información de las AFP no se convalida por el traslado entre fondos, se procede pedir respetuosamente al tribunal de Bogotá revocar la sentencia del despacho, incluyendo el descuento de primas y gastos de administración, devolviendo al estado normal del afiliado antes del traslado a un fondo privado. Manifiesta el principio universal de que “Nadie puede aprovecharse de su propias culpas” dado que los fondos han sustentado no saber en su momento que más información necesitaba el afiliado, y manifiesta que mal estaría en dejar estos recursos en los fondos porque se excusan de no saber cómo cumplir ese deber de información en el momento.

**GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:** Los apelantes solicitan la devolución de aportes y cuotas de administración cobradas por el tiempo que estuvo el afiliado en fondos privados, por fuera del régimen de prima media.



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 SS 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 PROTECCIÓN efectuado por el (la) señor **MARIO ALFREDO GALVIS MANTILLA** el día 28 de Agosto de 1995 y de la AFP PROTECCIÓN SA a la AFP HORIZONTE el día 30 de Julio de 2001, así mismo el 13 de Diciembre del 2005 cuando se trasladó a ING, y que finalmente luego por fusión de las compañías el 31 de Diciembre de 2012 quedó en la AFP PROTECCIÓN.

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 consecuencialmente continúe afiliado 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, solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN SA el día 28 de Agosto de 1995 con efectividad a partir del 1 de septiembre de 1995, que solicitó traslado de AFP PROTECCIÓN SA a AFP HORIZONTE el día 30 de Julio de 2001 con fecha de efectividad de 1º de Septiembre de 2001, que posteriormente se trasladó el 13 de Diciembre del 2005 con efectividad el 1º de Febrero de 2006 a ING, y luego que el 31 de Diciembre de 2012 por fusión de la compañía ING y Protección quedó en finalmente la AFP Protección. (Fl. 153 del archivo "contestación de la demanda")

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 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 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. 219 a 225) aportó el expediente administrativo del demandante, PROTECCIÓN SA (fls. 133 a 150) aportó: Solicitud de Vinculación al fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección de fecha 28 de Agosto de 1995, Solicitud de Vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección de fecha de 13 de Diciembre de 2005, Certificado del Sistema de información de los afiliados e historial de vinculaciones de SIAFP, Contestación derecho de petición del 17 de Mayo de 2018, Historia Laboral emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público oficina de bonos pensionales, Movimiento de cuenta de ahorro con rendimientos donde aparece relación de aportes del Demandante administrado por Protección, Historia Laboral emitido por Protección, certificado de aportes y detallado, concepto de la Superintendencia Financiera, comunicado de prensa del año en gracia, AFP PORVENIR (fls. 196 a 203) certificado de afiliación a la AFP HORIZONTE 2001-07-30, relación histórica de vinculaciones SIAFP, relación histórica de movimientos Porvenir, copia relación de aportes, copia comprobante de egresos sobre aportes trasladados, Edicto emplazatorio.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de agosto de 1995, ni del día 30 de Julio de 2001, ni tampoco del 13 de Diciembre de 2005 y luego del cambio por fusión del 31 de Diciembre de 2012, fechas de los traslados tanto de régimen como entre los fondos, 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 28 de Agosto de 1995, el demandante tenía 366.43 semanas (fl. 157 del expediente), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 14 de Febrero de 1964 – fl. 273 del expediente digital archivo 2018-705 pdf) y al seguir cotizando como en efecto lo hace (Actualmente ha cotizado más de 1.555.29 semanas – fl. 171) podría pensionarse al llegar a los 62 años en el 2026, en cambio en el RAIS conforme al artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimiría el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría una 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.

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.

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 el señor **MARIO ALFREDO GALVIS MANTILLA** de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN SA el día 28 de Agosto de 1995 con efectividad a partir del 1 de septiembre de 1995, y en la que solicitó traslado de la AFP PROTECCIÓN SA a AFP HORIZONTE el día 30 de Julio de 2001 con fecha de efectividad de 1° de Septiembre de 2001, así mismo en la que posteriormente se trasladó el 13 de Diciembre del 2005 con efectividad del 1° de Febrero de 2006 a ING, y que finalmente luego el 31 de Diciembre de 2012 por fusión de la compañía ING y Protección quedó en la AFP Protección. (Fl. 153 del archivo “contestación de la demanda”); en consecuencia condenar a la AFP 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 junto con los gastos de administración; 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.



### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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 SEGUNDA INSTANCIA:** Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de las demandadas y a favor de la demandante.

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 08 de Febrero de 2021 por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **MARIO ALFREDO GALVIS MANTILLA** de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN SA el día 28 de Agosto de 1995 y de la AFP PROTECCIÓN SA a la AFP HORIZONTE el día 30 de Julio de 2001, así mismo el 13 de Diciembre del 2005 cuando se trasladó a ING, y que finalmente luego por fusión de las compañías el 31 de Diciembre de 2012 quedó en la AFP PROTECCIÓN (Fl. 153 del archivo “contestación de la demanda”); en consecuencia **CONDENAR** a la AFP 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, , gastos de administración, 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 junto con los gastos de administración; 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 las demandadas y a favor de la demandante.

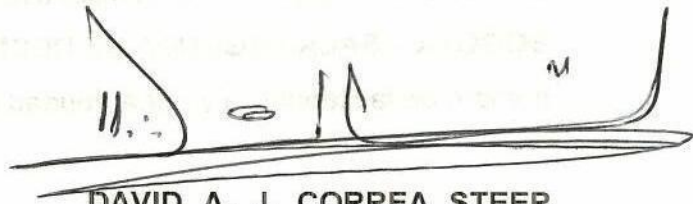
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

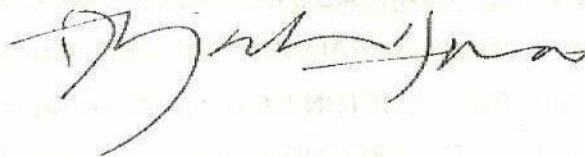
(Rad. 11001310501220180070501)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310501220180070501)

Aclaro Voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310501220180070501)





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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 04-2019-00905-01**

Bogotá D.C., Junio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: MARIA DEL PILAR RUEDA VELOZA**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR SA**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**  
**(COLPENSIONES Y PORVENIR SA) // CONSULTA**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandada (Colpensiones y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de Enero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de los fondos demandados Colpensiones (fls.245-246) y Porvenir SA (fls.252-260) presentaron alegaciones por correo electrónico, según lo ordenado en auto el 26 de Febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **MARIA DEL PILAR RUEDA VELOZA** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1 a 6 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad de la afiliación o traslado efectuado al fondo de pensiones obligatorias PORVENIR SA mediante el formulario de vinculación por haber existido un vicio en el consentimiento de la señora MARIA DEL PILAR RUEDA VELOZA.
2. Que se declare sin solución de continuidad la afiliación de la señora MARIA DEL PILAR RUEDA VELOZA al instituto de seguros sociales ISS hoy en día COLPENSIONES.
3. Que como consecuencia de lo anterior se ordene a PORVENIR S.A, quien es fondo de pensiones obligatorias que traslade los aportes y rendimientos acreditados en la cuenta de Ahorro Individual del Fondo de pensiones obligatorias a COLPENSIONES
4. Que se Ordene a COLPENSIONES a recibir a la señora MARIA DEL PILAR RUEDA VELOZA
5. Que una vez cumpla con los requisitos de Ley sea pensionado bajo el régimen de prima media
6. Se condene a las entidades demandadas al pago de las costas.

## CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES y (fls.45 A 67) PORVENIR SA (del 94-116) acuerdo al auto del 14 de Febrero de 2020. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 4° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 18 de Enero de 2021, **DECLARÓ** la NULIDAD de la afiliación que hiciere la Demandante **MARIA DEL PILAR RUEDA VELOZA** al régimen de ahorro individual con solidaridad que en su caso administra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, para tenerla como



válidamente afiliada a la administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, **CONDENAR** a PORVENIR S.A, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración, **ORDENAR** a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, **CONDENAR** en costas a la demandada PORVENIR, se fijan como agencias en derecho **1 SMMLV**, **SE CONCEDE** el grado jurisdiccional de Consulta en Favor del COLPENSIONES.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandada (Porvenir SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

### **1. NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO:**

Se sustenta recurso de apelación en la declaración de nulidad por encontrarse en una contradicción entre el ordenamiento jurídico la aplicación de la jurisprudencia y los actos probados dentro del proceso, por lo cual argumentó que no tiene claro dentro de la sentencia o de la parte motiva de la sentencia si lo que se declaró dentro del proceso fue una nulidad o fue una ineficacia en sentido estricto, recordando que los dos figuras son distintas según las altas cortes, por tal motivo aclara que la nulidad trae como resultado la ineficacia en sentido amplio o estricto, la corte constitucional en sentencia C 345 del 2017 explicó que en sentido estricto la ineficacia no debería producir efectos mientras que la nulidad genera la posibilidad a devolver a las partes a donde estaban inicialmente, por tal motivo no le es claro si la nulidad relativa se dio o no, pues el código civil lo prohíbe, enfatizando que no sabe frente a qué nulidad se está, solo se dijo que se declaraba la nulidad queriendo decir que se está frente a la ineficacia, resaltando que el despacho omite ciertas situaciones que se encuentran en el expediente, la confesión de las partes por ejemplo para el art 440 y 441 traen los indicios y comportamientos de las partes para ser tenidas en cuenta y considera que el despacho no hizo el ejercicio y actuó de manera automática para el proceso ya que la demandante en su interrogatorio de parte fue evidente que se aprovecha de situaciones legales para poder tener un beneficio económico, manifiesta que sobre las consecuencias jurídicas se denota el desconocimiento de la jurisprudencia, el apoderado trae a colación el supuesto que



si la demandante no estuvo nunca en el régimen de ahorro individual entonces la declaración dejaría varias preguntas como por ejemplo si siempre estuvo en el régimen de prima media de dónde saldría la obligación de pedirles que devuelvan los dineros que nunca habrían ingresado, por ende bajo ese supuesto manifiesta se estaría bajo un enriquecimiento sin justa causa, y al ser obligaciones de tracto sucesivo no son susceptibles de devolución.

## **NULIDAD-GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:**

Se sustenta que la descapitalización tratada en el art 20 de la Ley 100 los gastos de administración se van a descontar de ahorro individual como en el régimen de prima media, no hacen parte del capital de la pensión que se le va a dar a la demandante, evoca que el Consejo de Estado ha dicho que las obligaciones de tracto sucesivo no son susceptibles de restitución por ende los gastos de administración no se devuelven por lo que afectan los intereses y generarían un enriquecimiento sin causa, estos elementos anteriores dice la parte no se evaluaron dentro de la sentencia en su parte motiva y resolutive por lo mismo considera debe ser revocada la sentencia en su totalidad.

## **2. NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO:**

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia: Se solicita Revocar la sentencia proferida, así mismo que estudie el grado jurisdiccional de CONSULTA en los puntos de condena que afectan al Fondo, debe tenerse en cuenta que la demandante guardo silencio por más de 25 años respecto de la información que le fue proporcionada por la aseguradora el 18 de Agosto de 1994, lo que permitió notar un abandono de sus asuntos pensionales, precisa que conforme al interrogatorio de partes la demandante se trasladó de forma libre y voluntaria y que no se sintió coaccionada, por ende el material probatorio no fue probado, resalta que la demandante saltó su deber de asistencia como consumidora financiera dada la naturaleza del fondo privado en el que se encuentra afiliada, así mismo agrega que en el decreto 2241 del 2010 en el artículo 4 dice que la responsabilidad no es solo para las demandadas, así mismo trae a colación lo expresado por la Corte Constitucional y reiterados pronunciamientos del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional en donde se precisó la descapitalización del sistema financiero, e incluso afirma que se afectaría las garantías de los afiliados que sí cotizaron a lo largo de su vida por un beneficio pensional, trae el principio de



equidad consagrado en el art 95 de la Carta Política, se pone de presente que la demandante no contaba con una expectativa legítima para pensionarse según dice con las prerrogativas del régimen de prima media dado que en el momento del traslado no tenía ningún derecho consolidado, y al entrar en vigencia la ley 100 de 1993 tenía 31 años y 8,29 semanas de cotización, lo que precisaría que no perdería ningún beneficio del régimen de transición consagrado en el art 36 de la ley 100, solicita claridad al Tribunal Superior de Bogotá si fue o no debida la aplicación de la carga dinámica de la prueba teniendo en cuenta lo dicho, así mismo solicitó al tribunal tener en cuenta los argumentos de la contestación de la demanda.

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 JURIDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR efectuado por el (la) señora **MARIA DEL PILAR RUEDA VELOZA** el día 18 de Agosto de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente 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, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 18 de Agosto de 1994, con efectividad a partir del 1º de Septiembre de 1994 (Fl. 175 del expediente)

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 sustentan 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 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 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 aportó el expediente administrativo del demandante e historia labora, PORVENIR SA aportó: copia de historial laboral oficial de la parte demandante para reclamación del bono pensional, copia de la actualización de datos electrónicos de la parte demandante, copia de la historia laboral, copia de certificado de afiliación de diferentes años, copia del resumen de la historia laboral, copia relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual Porvenir, copia de certificado SIAFP, concepto de Superintendencia Financiera, Copia comunicado de prensa del 14 de Enero de 2004.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada 18 de Agosto de 1994, 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 18 de Agosto de 1994, la demandante tenía 8,29 semanas (fl. 68 del expediente), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 12 de Octubre de 1962 – fl. 68) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad al año 2019 podría pensionarse en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.285 semanas – fl. 21), 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 una 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.

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 Porvenir SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, 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.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de las demandada Porvenir SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración, debe resaltarse que lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social del demandante, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 de la constitución política, y no puede verse afectado por ningún motivo, y en ese sentido la AFP deberá realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos de administración, conforme lo indicó el Juez de instancia, pues fue descontado del aporte efectuado por el afiliado, y en ese sentido no se puede ver afectado su derecho a la seguridad social, por el simple hecho de haberse trasladado al RAIS, pues se reitera que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de traslado es retornar las cosas como si no hubiese existido el traslado. Se confirma.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora MARIA DEL PILAR RUEDA VELOZA del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 18 de Agosto de 1994.



## **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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 SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes COLPENSIONES y PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlos 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; 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 18 de Enero de 2021 por el juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES y PORVENIR 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**

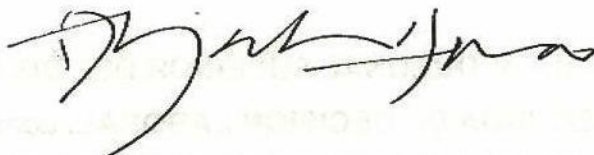
(Rad. 11001310500420190090501)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310500420190090501)

**Aclaro Voto!**



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310500420190090501)