



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 39-2018-00413-01**

Bogotá D.C., septiembre veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: MARLENY GONZALEZ DE ARENAS**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR SA**  
**AFP PROTECCIÓN 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 39º Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de febrero de 2021, 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 Porvenir SA (fls. 9), así como de Colpensiones (fl. 4 a 7) 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) MARLENY GONZALEZ DE ARENAS instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN SA y AFP PORVENIR SA, debidamente

sustentada como aparece a folios 19 y 21 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**PRETENSIONES PRINCIPALES:**

1. Declarar que la afiliación efectuada por la señora MARLENY GONZALEZ DE ARENAS a la AFP Protección SA el día 1 de julio de 1998, es inválida y/o nula por falta de consentimiento informado e ilegalidad en la misma por no cumplir el tiempo establecido en el respectivo fondo.
2. Declarar que las demás afiliaciones son nulas por estar viciada la realizada el día 1 de julio de 1998, por falta de consentimiento informado e ilegalidad en la misma por no cumplir el tiempo establecido en el respectivo fondo.
3. Ordenar a la AFP Porvenir SA que autorice el traslado de la señora MARLENY GONZALEZ DE ARENAS a Colpensiones, junto con los aportes que obren en su historia laboral y sus respectivos rendimientos.
4. Ordenar a Colpensiones que reciba la afiliación de la señora MARLENY GONZALEZ DE ARENAS y acredite en su historia laboral el tiempo cotizado ante la AFP Porvenir SA.
5. Ordenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la mesada pensional, bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, a partir del 3 de diciembre de 2016.
6. Ordenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios.
7. Ordenar a Colpensiones a que cancele las respectivas mesadas pensionales de manera indexada.
8. Costas procesales.

**PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:**

1. Declarar que la afiliación efectuada por la señora MARLENY GONZALEZ DE ARENAS el día 1 de julio de 1998, es inválida y/o nula por falta de consentimiento informado e ilegalidad en la misma por no cumplir el tiempo establecido en el respectivo fondo.
2. Declarar que las demás afiliaciones son nulas por estar viciada la realizada el día 1 de julio de 1998, por falta de consentimiento informado e ilegalidad en la misma por cumplir el tiempo establecido en el respectivo fondo.

3. Ordenar a la AFP Porvenir SA que autorice el traslado de la señora MARLENY GONZALEZ DE ARENAS junto con los aportes que obren en la historia laboral y sus respectivos rendimientos.
4. Ordenar a Colpensiones que reciba la afiliación de la señora MARLENY GONZALEZ DE ARENAS y acredite en su historia laboral el tiempo cotizado ante la AFP Porvenir SA.
5. Ordenar a Colpensiones el reconocimiento y pago de la mesada pensional, bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993 a partir del 3 de diciembre de 2016.
6. ordenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios.
7. Ordenar a Colpensiones a pagar las respectivas mesadas pensionales de manera indexada.
8. Costas procesales.

### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

Contestaron la demanda: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (fls. 132 a 140), AFP PROTECCIÓN SA (fls. 173 a 184) y AFP PORVENIR SA (fls. 65 a 84), de acuerdo al auto visible a folio 205. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 39° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 12 de febrero de 2021. **DENEGÓ** las pretensiones incoadas por la señora MARLENY GONZALEZ DE ARENAS, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR y AFP PROTECCIÓN SA. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$300.000.

### **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 la sentencia se fundamenta para negar las pretensiones, bajo una presunta prueba reina, la cual se basa en el interrogatorio de parte, es de indicar que si bien es cierto la demandante

indicó que se le había dado una información, también lo es que también indicó, en el mismo interrogatorio, se evidenció que solamente las posturas favorables del fondo privado fueron las únicas que se le explicaron en su momento, es decir, a la demandante en ningún momento le dijeron los pro y los contra, lo cual implica al momento de dictar la sentencia, donde se le debe indicar de una manera objetiva a la demandante, al momento de su traslado. Ahora, no se evidencia que efectivamente haya sido de manera objetiva, es decir, a la demandante en ningún momento se le explico que se iba a pensionar bajo un capital ahorrado, el cual indica que tiene conocimiento la demandante, pero no bajo un número de semanas, conforme se evidencia en el RPM. En ningún momento se evidenció eso, prueba de ello, es que la demandante se pensionó con una mesada pensional equivalente al SMLMV, situación ésta que es clara en su momento no se le indicó a la demandante como iba a ser el monto de su pensión o en la manera que se podía convertir el capital ahorrado para volverla en una mesada pensional, es evidente que en su momento a la demandante, si bien se le dijo algunos panoramas, no se le dijeron en su totalidad, y es por ello que nace la nulidad de traslado, es por ello que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que procede una nulidad de traslado cuando el demandante en su momento de afiliación, no se le brindó la totalidad de la información para que tomara la decisión, y en ese sentido, la sola firma del formulario no conlleva a que hubiera tenido conocimiento o satisfacción de la información, la demandante fue en su momento mal asesorada, porque en el momento en que se reunió con el asesor, no se le dijo como se iba a pensionar, en ningún momento se le dijo que podía pensionarse en el RAIS de ésta manera, si se hubiera visto ese panorama, si se le hubiera plasmado ese escenario a la demandante, en este momento no estaríamos en ésta instancia. Entonces, no puede alegarse que porque se le dijo una situación a la demandante, y posteriormente a la afiliación, la demandante indica que se le informó algún aspecto, no se puede decir que la información haya sido idónea, completa, sino que por el contrario, se evidencia que efectivamente la información se dio de manera incompleta, conclusión de esa información incompleta, es que a la demandante se le pensionó con un SMLMV.

- 2. ACTUAR DE LA DEMANDANTE:** Ahora bien, indica el Juzgado de instancia que la demandante se quiere beneficiar del sistema pensional, situación que no es real, porque en el momento que la demandante se dio cuenta que efectivamente había sido mal asesorada, ya no se podía trasladar, y por

ende, la única alternativa que tenía era que tenía acceder a una pensión que le brindaba el fondo privado, una modalidad que definitivamente va en contra de sus derechos mínimos, pues recibir una mesada de un SMLMV, va en contra de sus derechos fundamentales, cuando la persona afilió a la Seguridad Social, conforme lo que venía aportando.

- 3. SEMANAS COTIZADAS:** Indica el Juzgado que la demandante no cuenta con la totalidad de las semanas cotizadas, sin embargo la demandante completó el número de semanas, y es por ello que el RAIS le reconoció la pensión de vejez, lo que quiere decir que no debe seguir cotizando en RPM para que le reconozca la pensión de vejez, pues ya tendría cumplidos los requisitos, edad y 1300 semanas, entonces no es cierto que se pueda afirmar que la demandante no cumple con el número mínimo de semanas, situación que induce en error al afirmar lo que dice, y no es cierto que no tuviera las semanas, pues en el fallo en ningún momento indica que la demandante solo tiene el número de semanas equivalentes a tanto, sino que indica que no cumple las semanas, cuando no es así, por cuanto la demandante cumple con el tiempo de servicios para hacerse acreedora de la mesada pensional para el RPM, en ese sentido, la prueba reina que afirma el Juzgado no es soporte para que no se accedan a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no se cumplieron todos los parámetros para los cuales se deben tener en cuenta al momento de la afiliación, y por el contrario, lo que si se demostró que a la demandante se le dio única y exclusivamente una información acomodada, porque solo se le dio la información de los panoramas llamativos, conforme lo indicó la demandante en su interrogatorio de parte. No se puso de presente el panorama de pensionarse antes de la edad, pero que debía tener tanto capital, en su momento se podía proyectar, porque bajo ese orden de ideas se podía pensionar antes de cumplir la edad, pero no le explicaron el monto que debía tener antes del cumplimiento de la edad. No se puede predicar que la demandante tenía conocimiento total de las condiciones para pensionarse, no se puede entender que fue una información completa, fue una información acomodada para captar afiliados.

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 PROTECCIÓN SA efectuado por el (la) señor (a) MARLENY GONZALEZ DE ARENAZ el día 1 de julio de 1998; 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 PROTECCIÓN SA, el 1 de julio de 1998, con efectividad a partir del 1º de septiembre de 1998, posteriormente solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 31 de diciembre de 2002, efectiva a partir del 1 de febrero de 2003 (fl. 88).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que

tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

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

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

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

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

ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó expediente administrativo de la demandante. AFP PORVENIR SA aportó: formulario de afiliación (2002), historia de vinculaciones del SIAFP, relación histórica de pagos para pensiones, certificado de afiliación, sábana de bono pensional, reclamación para reconocimiento de pensión de vejez, formulario para contratación de renta vitalicia, carta de aprobación de reconocimiento pensional a partir del año 2013 en cuantía de \$709.516, informando que una vez el bono pensional se encuentre en la cuenta de ahorro individual, se procederá con la re-liquidación de su mesada pensional, comunicados de prensa. Finalmente, la AFP PROTECCIÓN SA aportó: formulario de afiliación (1998), formulario de autoliquidación de aportes, historial de vinculaciones del SIAFP, reporte de estado de cuenta, respuesta a solicitud, políticas de asesoramiento para vincular a personas naturales, comunicados de prensa.

No obstante lo anterior, no puede perderse de vista que mediante documental visible a folio 106 del expediente, la AFP Porvenir SA, administradora a la que actualmente se encuentra afiliada la aquí demandante, le reconoció pensión por vejez anticipada a partir del 23 de abril de 2013, bajo la modalidad de retiro programado, en cuantía equivalente al SMLMV.

Frente al tema, vale la pena traer a colación reciente pronunciamiento proferido por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373 con Rad. 84475 del 10 de febrero de 2021, en donde adoctrinó:

*“Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.*

*Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de*

*traslado (vuelta al statu quo ante)<sup>1</sup>, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:*

*Desde el punto de vista de los **bonos pensionales**, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.*

*Desde el ángulo de las **modalidades pensionales**, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.*

*Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.*

*Por lo tanto, **no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.***

*Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento*

---

<sup>1</sup> SL1688-2019, SL3464-2019

*de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.*

*Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.*

*La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.*

*En el caso bajo examen, a Cárdenas Gil Protección S.A. le otorgó la pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado, desde el año 2008, es decir, de manera anticipada. La pensión se financió con el bono pensional pagado el 19 de diciembre de 2008 por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por un monto de \$156.674.927. Estas circunstancias denotan que el demandante adquirió el estatus jurídico de pensionado de manera anticipada, prestación que a su vez fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende.*

*Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.*

*El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados."*

Aunado a lo anterior, teniendo en cuenta que las entidades demandadas propusieron la **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, la Sala entrara a su estudio bajo los anteriores supuestos fácticos.

Es de anotar que el derecho pensional nunca prescribe. En el evento en estudio, por tratarse de nulidad de traslado del RPM al RAIS, no obstante, ya haberse reconocido la pensión desde el año 2013 en el RAIS, sin que el beneficiario hubiese procedido a la reclamación sobre la nulidad del reconocimiento de la pensión de contera el traslado efectuado inicialmente dentro del término prescriptivo, dispuesto por la Ley; conforme el Art. 488 CST y el Art. 151 CPTSS, esto es, 3 años contados desde que la obligación se hizo exigible.

En relación con la interrupción de la prescripción establecida en el Art. 488 del CST, se tiene que la misma ocurre extraprocesalmente mediante la presentación escrita del trabajador sobre los derechos determinados.

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por **una sola vez mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes a la causación del derecho o que el mismo se haya hecho exigible**, o radicar la respectiva demanda en ese mismo tiempo, precisando en todo caso que la excepción de prescripción comenzó a correr a partir del mes de abril de 2013 (fl. 106), fecha en que le reconoció la prestación, que la actora solicitó la nulidad de traslado el 6 de julio de 2017 ante el Fondo de Pensiones COLFONDOS SA (fls. 17) y COLPENSIONES (fls. 23 a 28), y ante su negativa promovió demanda el 31 de julio de 2018 (fl. 9), concluyendo entonces que dejó transcurrir el límite de 3 años otorgados por la normatividad laboral en comento, lo que acarrea como consecuencia la configuración del fenómeno prescriptivo establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS.

En tal sentido, se reitera que desde el año 2013, la demandante conoció la situación de su pensión al obtener su reconocimiento y vencido el término trienal con que contaba, efectuó reclamación, pretendiendo únicamente la nulidad de traslado.

Así las cosas, no es procedente declarar la nulidad de traslado como lo pretende el recurrente, pues a pesar de que podría configurarse las condiciones para ello, lo cierto es que el trámite se encuentra afectado con el fenómeno de prescripción, **además de tener ya consolidado y reconocido su derecho pensional en el RAIS.**

Así mismo, vale la pena precisar que el derecho a la seguridad social es un principio universal consagrado en el artículo 48 de la Carta Política, que busca amparar los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por lo que en el presente asunto, al haber sido reconocida la pensión de vejez por parte del RAIS, por lo que dicho riesgo ya fue consolidado en el régimen de ahorro individual, y por tanto ya ingresó en el haber del actor, precisando en todo caso que no se hizo de manera obligatoria, sino que por el contrario, su voluntad iba encaminada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por lo que para la Sala no resulta lógico pretender únicamente la nulidad de traslado, sin que por tanto se hubiese pronunciado o pretenda la nulidad del reconocimiento de la prestación que se hizo efectiva a partir del año 2013.

Por las razones expuestas, se **CONFIRMARÁ** la decisión absolutoria de primera instancia, pero por las razones expuestas en el presente proveído, y en ese sentido se **DECLARARÁ PROBADA** la excepción de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual y la de prescripción, respecto de la pretendida declaración de nulidad de traslado, con la consecuencia absolucón a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

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

Por resultar desfavorable el recurso a la parte demandante, habrá lugar a condenarla en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de cada una de las demandadas; 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 12 de febrero de 2021 por el Juzgado 39º Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas en éste proveído.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de cada una de las demandadas. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de cada una de las demandadas; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

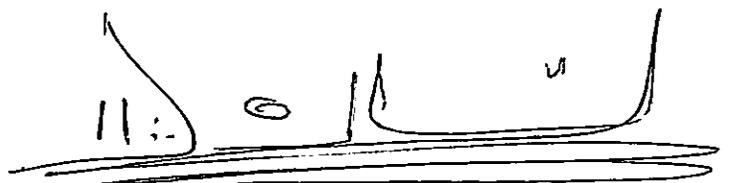
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

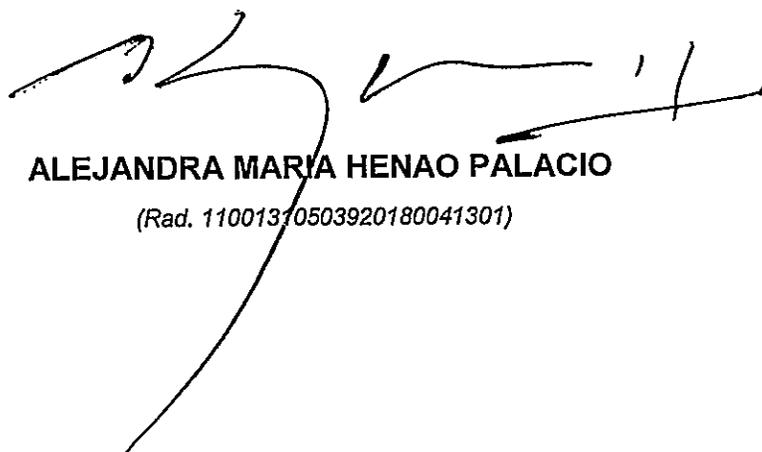
(Rad. 11001310503920180041301)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310503920180041801)

*Adelano Voto!*



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503920180041301)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 38-2018-00536-01**

Bogotá D.C., septiembre veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: ANGELA IVONNE ACOSTA BARBOSA**

**DEMANDADO: COLPENSIONES**

**AFP PORVENIR SA**

**ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38º Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de noviembre 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. 21 a 22), Porvenir SA (fls. 5 a 12), así como de Colpensiones (fl. 14 a 16) 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) ANGELA IVONNE ACOSTA BARBOSA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar la nulidad del traslado efectuado por la señora ANGELA IVONNE ACOSTA BARBOSA el día 25 de marzo de 1998 con el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, 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. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dicho traslado, solicita se retrotraigan las cosas a su estado anteriores, y se ordene a Colpensiones a tener a la señora ANGELA IVONNE ACOSTA BARBOSA en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca me hubiera trasladado en virtud del regreso automático.
3. Costas procesales.

#### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

Contestaron la demanda: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (fls. 70 a 91) y AFP PORVENIR SA (fls. 40 a 46), de acuerdo al auto visible a folio 105. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

#### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 38° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 23 de noviembre de 2020, **ABSOLVIÓ** a las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir SA, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por la señora ANGELA IVONNE ACOSTA BARBOSA. **EXCEPCIONES**, dadas las resultas del juicio, el Juzgado se consideró relevado del estudio de las excepciones propuestas. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.

#### **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 pruebas que se trajeron al proceso, hay una confesión por parte del representante legal de la AFP demandada, el cual trajo únicamente la suscripción del formulario de afiliación, sin embargo no hay ningún otro documento con el cual se pueda demostrar que la actora fue debidamente asesorada de las características del RAIS, como del RPM, se debe tener en cuenta que en esta clase de procesos, la carga de la prueba la tiene las demandadas, al ser consideradas las partes fuertes de la relación de un afiliado lego y una administradora que supone ser los expertos en la materia, y estos temas de alta complejidad que necesitan de estudios a fondo para poder determinar cuales son las mejores opciones pensionales para un afiliado. Se debe tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, en sendas jurisprudencias, entre ellas la 68852 de 2019 ha indicado que no basta con la simple suscripción del formulario de afiliación, sino con el cotejo de la información brindada al afiliado, cotejo que debe allegar con los documentos, indicar las características que le fueron explicadas al afiliado respecto de cada uno de los regímenes pensionales. Respecto del tema de actos de relacionamiento, de acuerdo a como lo indica el Juzgado, debe tenerse en cuenta que desde el año 2011, en sentencia 33083 emitida por la Corte Suprema de Justicia, indica acerca de una re asesoría, y en ese sentido, si ya ha explicado que el traslado entre administradoras no convalida la afiliación, ni ratifica la decisión, así como tampoco un cambio de clave, una actualización de semanas, actualización de datos ratifica la voluntad del afiliado de estar en el mismo régimen, aunado si el fondo de pensiones le generó pánico a la demandante, al seguir insistiendo que el ISS esta en detrimento o que se va acabar, no pueden seguir tomado estas actuaciones como actos de relacionamiento. También debe tenerse en cuenta que la información que debe validarse en este tipo de procesos es la información que recibe el afiliado al momento del traslado de régimen, no con posterioridad, tal y como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en sentencia 68838 de 2019, la cual indica que la oportunidad de la información es la que se da al momento de trasladarse al RAIS y no la que se otorga con posterioridad, toda vez que para que el afiliado tomara su decisión, debió basarse en la información brindada para el momento del traslado de régimen, que le permitan ponderar la situación hacia el futuro. Desde ese punto de vista, un dato solamente es relevante cuando

es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario el máximo de información, si por el contrario la asesoría no se otorgó oportunamente, equivale a una ausencia de información.

Así mismo, no puede perderse de vista que la demandante es nutricionista, esto equivale a un afiliado lego, que no tiene conocimiento del tema, y no se puede dejarle la carga en que condiciones se le dio la información o asesoría, adicionalmente se le generó un pánico económico al mencionarle insistentemente que el ISS se iba a acabar, y que debía trasladarse al RAIS, en ese momento creyó que iba a quedarse en el aire, y que estaba en riesgo su futuro pensional.

Ahora, esa información le fue explicada en unas diapositivas, en una charla de 20 a 25 minutos, y era dirigido a un grupo, lo que significa que la charla iba dirigido a un grupo de médicos, enfermeros, personal asistencial, con menos de un minuto por diapositiva, que información iba a quedar respecto del sistema de pensiones se puede explicar en menos de un minuto, cuando las personas incluso que son expertas en el tema tienen que realizar especializaciones, maestrías, dedicándole varios años de sus vidas a entender el funcionamiento de ambos regímenes, y a la demandante le explicaron en menos de un minuto cada diapositiva las características, sin ahondar en su futuro pensional particular, no se hizo un análisis respecto de su caso particular.

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 PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) ANGELA IVONNE ACOSTA BARBOSA el día 25 de marzo de 1998; **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 25 de marzo de 1998, con efectividad a partir del 1º de mayo de 1998 (fl. 57).

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 el expediente administrativo de la demandante. AFP PORVENIR SA aportó: certificado de afiliación, relación de aportes, formulario de afiliación (1998), historia de vinculaciones del SIAFP, sábana de bono pensional, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 25 de marzo de 1998, 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 marzo de 1998, el (la) demandante tenía 544 semanas (fl. 18), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 14 de agosto de 1961, fl. 9) 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 2018 podría pensionarse en el RPM (Actualmente tiene 1.452 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 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.

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, conllevará a **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora ANGELA IVONNE ACOSTA BARBOSA del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 25 de marzo de 1998, 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 23 de noviembre de 2020 por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora ANGELA IVONNE ACOSTA BARBOSA del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 25 de marzo de 1998, 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.

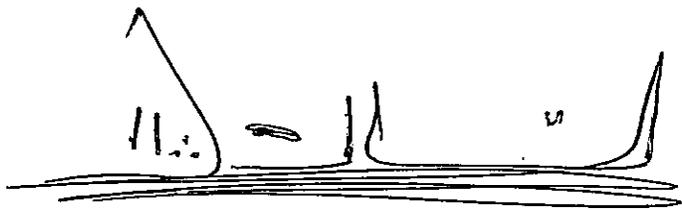
**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de las demandadas.

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. 11001310503820180053601)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310503820180053601)

*Aclaro votos!*



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503820180053601)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 38-2018-00485-01**

Bogotá D.C., veintiocho de septiembre (28) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: MARIA JOSEFA QUINTERO VALENCIA  
DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PROTECCIÓN 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 38º Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de noviembre 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. 12 a 15), Protección SA (fls. 27 a 30), así como de Colpensiones (fl. 5 a 8 y 17 a 26) 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) MARIA JOSEFA QUINTERO VALENCIA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como

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

1. Que se declare la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual a la AFP Protección SA que realizó la señora MARIA JOSEFA QUINTERO VALENCIA.
2. Que fruto de la anterior declaración, se ordene a la AFP Protección SA, a trasladar todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos de la señora MARIA JOSEFA QUINTERO VALENCIA al RAPM, administrado por Colpensiones.
3. Que se declare que la señora MARIA JOSEFA QUINTERO VALENCIA, es beneficiaria del régimen de transición de que trata el parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993, en virtud del principio de favorabilidad pensional, por cuando al entrar en vigencia el sistema general de pensionales para servidores públicos, la demandante le faltaban 2 meses y mas de 9 días que corresponden a 69 días.
4. Que se ordene a Colpensiones a recibir a la señora MARIA JOSEFA QUINTERO VALENCIA a mantenerla en esa administradora
5. Costas procesales.
6. Intereses moratorios

#### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

Contestaron la demanda: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (fls. 147 a 170) y AFP PROTECCIÓN SA (fls. 71 a 102), de acuerdo al auto visible a folio 187. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

#### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 38° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 20 de noviembre agosto de 2020, **ABSOLVIÓ** a las demandadas Colpensiones y AFP PROTECCIÓN SA, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por la señora MARIA JOSEFA QUINTERO VALENCIA. **EXCEPCIONES**, dadas las resultas del juicio, el Juzgado se consideró relevado del estudio de las excepciones propuestas. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.

## 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 no comparte el concepto que aborda el Juzgado de primera instancia, toda vez la demandante se trasladó el 5 de febrero de 1999, con posterioridad a dicha fecha sentencia que lo que le prometieron en el año 1999 no corresponde a la realidad, es la razón por la que se ve obligada a adelantar éste proceso, en la medida que no se le dio la información y asesoría suficiente, revisado el material probatorio que obra dentro del plenario, no es suficiente para acreditar que se le dio una asesoría suficiente a la demandante, el tema particular es probatorio, en este punto de asuntos se ha reiterado que existe una inversión de l carga de la prueba, conforme el Art. 167 del CGP y el Art. 15014 del CC, si se revisa el material probatorio que aportó PROTECCIÓN, únicamente se encuentra el formulario de afiliación, el cual no es suficiente para acreditar la manera de cómo se dio ese traslado de régimen, existían pruebas no solo documentales, sino testimoniales que podrían esclarecer ése momento histórico, pudieron haber allegado la información que se le suministró a la demandante, a través del testimonio del asesor, cual es la preparación del asesor de la AFP, para captar a sus afiliados, que conocimiento tenían ellos en materia de seguridad social, cual era el protocolo que tenían que cumplir al momento de brindar esa información, brilla por su ausencia en el presente asunto.

Conforme la jurisprudencia 1352 de 2019 donde la la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el formulario de afiliación no acredita la información suministrada al afiliado, a lo sumo acredita un consentimiento, pero NO informado. Así las cosas, esta demostrado que en este asunto no esta demostrado probatoriamente la información brindada, no existe un medio de convicción que ello acredite la información brindada, al momento del traslado, que es lo que se ha entrado a verificar, efectivamente que información se brindó al momento de trasladarse.

Si bien existen actos de ratificación, no se puede negar que la demandante permaneció afiliada al RAIS durante mas de 25 años, lo que se está entrando a discutir, es la falta de información al momento del traslado, independientemente que la actora haya continuado cotizando, porque

lógicamente como trabajadora que es, debía continuar cotizando al sistema, lo que se hecha de menos es que no se probó la información que se brindó al momento del traslado, lo que conlleva a la ineficacia del traslado.

De igual manera, al revisar el interrogatorio de parte de la demandante no se evidencia confesión, tan solo indica que el día del traslado se le informó que el ISS se iba a acabar, y haciéndoles ver la crisis por la cual estaba atravesando el Seguro Social, lo que generó fue crear pánico en los afiliados del ISS y captar afiliados a los fondos privados, lo cierto es que no iba a desaparecer el régimen de prima media, esto es lo que se echa de menos.

También es cierto que debía probarse vicios en el consentimiento, pero también lo es que el desarrollo jurisprudencial que se ha venido exponiendo por la CSJ, se afirma de manera clara y contundente, que no es necesario probar los vicios del consentimiento, es decir, es absurdo pretender que el afiliado demuestre que no se le brindó la totalidad de la información, porque quien tiene la tecnología de punta y la totalidad de las pruebas está en cabeza de la AFP, y quien es la que está guardando información, no está el plan de pensión, ni la proyección, todo esto se echa de menos.

Es evidente que con el fallo proferido en primera instancia se está vulnerando el precedente jurisprudencial reiterado por la Corte Suprema de Justicia, en los cuales en recientes pronunciamientos ha exhortado a todos los jueces de primera y de segunda instancia para que se cumpla el precedente jurisprudencial, trayendo a colación las sentencias SL58524 de 2020, STL5758 de 2012.

Finalmente resalta que al momento del traslado de régimen, la demandante no era profesional, por lo que no tenía conocimiento en la materia, es un despropósito exigir que tenga conocimiento del tema.

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 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 COLMENA SA efectuado por el (la) señor (a) MARIA JOSEFA QUINTERO VALENCIA el día 5 de marzo de 1999; **2-** En caso afirmativo,

si tiene derecho a que el AFP PROTECCIÓN SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida inicialmente de CAJANL y con posterioridad del ISS hoy COLPENSIONES, solicitó trasladarse a la AFP COLMENA SA, el 5 de marzo de 1999, con efectividad a partir del 1º de mayo de 1999. Posteriormente, dada las cesiones por fusión, quedó afiliada a la AFP ING desde el 1 de abril de 200 y a la AFP PROTECCIÓN SA a partir del 31 de diciembre de 2012 (fl. 113).

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 la historia laboral de la demandante. AFP PROTECCIÓN SA aportó: formulario de afiliación (1999), sábana de bono pensional, historia de

vinculaciones del SIAFP, reporte de estado de cuenta del afiliado detallado, historia laboral, resumen de historia laboral, respuesta derecho de petición, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 5 de marzo 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 5 de marzo de 1999, el (la) demandante tenía 130,71 semanas (fl. 171), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 27 años (nació el 8 de septiembre de 1960, fl. 137) 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 920,85 semanas – fl. 130, sin incluir las cotizadas a CAJANAL, 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.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como

la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

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

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

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

Ahora bien, si bien la demandante no estuvo afiliada al extinto ISS hoy Colpensiones, sino a una caja de previsión CAJANAL, ha de traer a colación la sentencia SL752 Rad. 72260 del 4 de marzo de 2020, en la que nuestro máximo órgano de cierre 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 MARIA JOSEFA QUINTERO VALENCIA del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLMENA SA el 5 de marzo de 1999, y en consecuencia condenar a PROTECCIÓN SA a la *devolución* a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y 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 20 de noviembre de 2020 por el Juzgado 38º Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora MARIA JOSEFA QUINTERO VALENCIA del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLMENA SA el 5 de marzo de 1999, y en consecuencia condenar a PROTECCIÓN SA a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y **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. 11001310503820180048501)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310503820180048501)

Aclaro Voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503820180048501)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 32-2020-00102-01**

Bogotá D.C., septiembre veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: IMELDA BURITICA MEDINA  
DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PORVENIR SA  
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA  
(PORVENIR SA Y COLPENSIONES) // CONSULTA  
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandada (PORVENIR SA y COLPENSIONES) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32º Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de febrero de 2021, 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 Colpensiones (fls. 16 a 17) y Porvenir SA (fls. 4 a 14), 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) IMELDA BURITICA MEDINA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 5 y 6 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARATIVAS:**

1. La nulidad o ineficacia de la vinculación de la señora IMELDA BURITICA MEDINA al régimen de ahorro individual con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR SA.
2. Que la AFP PORVENIR SA debe ordenar el traslado de IMELDA BURITICA MEDINA del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.
3. Que la AFP PORVENIR SA debe enviar el saldo total ahorrado de la señora IMELDA BURITICA MEDINA al régimen de prima media, administrado por COLPENSIONES el cual a 30 de julio de 2019 asciende a la suma de \$247.179.040.
4. Que la AFP PORVENIR SA debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la señora IMELDA BURITICA MEDINA.
5. Que la AFP PORVENIR SA debe reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos descontado de los aportes pensionales de la señora IMELDA BURITICA MEDINA.
6. Que COLPENSIONES debe aceptar la vinculación de la señora IMELDA BURITICA MEDINA en el régimen de prima media con prestación definida, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
7. Que COLPENSIONES debe aceptar a la señora IMELDA BURITICA MEDINA en el sistema de prima media con prestación definida como si nunca hubiera existido un traslado de régimen.
8. Costas procesales

**CONDENATORIAS:**

1. A la AFP PORVENIR SA a aceptar la ineficacia o nulidad de afiliación de la señora IMELDA BURITICA MEDINA en el régimen de ahorro individual.

2. A la AFP PORVENIR SA a ordenar el retorno de la señora IMELDA BURITICA MEDINA del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.
3. A la AFP PORVENIR SA a enviar el saldo total ahorrado de la señora IMELDA BURITICA MEDINA al régimen de prima media, administrado por COLPENSIONES el cual al 30 de julio de 2019 asciende a la suma de \$214.179.040.
4. A la AFP PORVENIR SA a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la señora IMELDA BURITICA MEDINA.
5. A la AFP PORVENIR SA a reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales de la señora IMELDA BURITICA MEDINA.
6. A COLPENSIONES a aceptar el retorno de la señora IMELDA BURITICA MEDINA en el régimen de prima media, recibiendo el traslado del aporte, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
7. Condenar a COLPENSIONES a aceptar a la señora IMELDA BURITICA MEDINA en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional.
8. A la AFP PORVENIR SA a reconocer y pagar la suma de 50 SMLMV de que trata el Art. 13 del literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional de la señora IMELDA BURITICA MEDINA.
9. Costas procesales.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (Archivo 3 del expediente digital) y PORVENIR SA (archivo 5 del expediente digital), de acuerdo al auto del 22 de enero de 2021. 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 12 de febrero de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante IMELDA BURITICA MEDINA a través de la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR SA, de fecha 4 de agosto de 1995, así

como el posterior traslado entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad. Como consecuencia de lo anterior, **CONDENÓ** a la AFP PORVENIR SA a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir a la demandante IMELDA BURITICA MEDINA como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. **COSTAS** a cargo de la AFP Porvenir SA, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV.

### **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:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la AFP Porvenir SA, apartándose de la decisión proferida en primera instancia, toda vez que en el presente caso no es procedente exigir obligaciones a cargo de la AFP que no se encontraban vigente para el momento del traslado, ello por cuanto la Ley 100 de 1993 en su Art. 13, si bien regula una afiliación libre y voluntaria, hace alusión a que no haya ningún grado de coacción ni presión por parte de las administradoras del sistema, pero no creó una obligación a cargo de las administradoras respecto del deber de información, así como tampoco lo hicieron los decretos reglamentarios, en ese sentido, las obligaciones exigidas en esta sentencias, surgieron con posterioridad al traslado de la demandante, con el Decreto 2553 de 2010,.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la motivación de la ineficacia de traslado por parte de la demandante obedece a la inconformidad que le genera el valor de la mesada pensional, como lo manifestó en el interrogatorio de parte, razón por la cual debe ser analizado el fundamento principal de esta acción y adicionalmente, tenerse en cuenta que con base en dicha pretensión de retornar, para acceder a una mejor pensión, no es suficiente para que se acceda a la ineficacia del traslado pensional, máxime cuando la Corte Constitucional en sentencia C 086 de 2002, señaló que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones tiene por

finalidad preservar el equilibrio de la contraprestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además por cuanto el sistema general de pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados, en ese sentido estamos frente a un acto jurídico unilateral y dadas las condiciones del régimen de ahorro individual y en esos términos debe pensionarse la demandante.

En el presente caso se pasó por alto que la demandante incumplió con sus deberes como consumidor financiero, como quiera que su actitud fue pasiva durante toda la vinculación al régimen de ahorro individual, circunstancia que también debe ser analizada con total detalle, como quiera que el Juzgado no hizo análisis de tal situación.

Aunado a lo anterior, el SYAFP sí hace alusión de un traslado hacia Colpensiones y en igual sentido, al revisar el reporte de historia laboral de Porvenir, se puede observar que la demandante entre octubre de 1998 a 1999 realizó aportes a Colpensiones, lo que quiere decir que retornó a Colpensiones.

**2. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:** En el caso en el que se confirme la sentencia, solicita se revoquen las condenas impuestas por gastos de administración y seguros previsionales, esto por cuanto Porvenir considera que estos conceptos no hacen parte de las prestaciones mutuas, en el sentido que se desconoce, respecto de los gastos de administración la gestión realizada por Porvenir SA, para gestionar la cuenta de ahorro individual a favor de la demandante, máxime si se tiene en cuenta que se ordena devolver los rendimientos financieros, pero la documental allegada al expediente permite inferir que ha obtenido un rendimiento alto en su cuenta de ahorro individual, estos aportes no se hubieran generado, si la demandante hubiera permanecido en el régimen de prima medía.

En este sentido, los gastos de administración, como los seguros previsionales gozan de una reglamentación legal, conforme el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, y si la demandante hubiese permanecido inclusive en Colpensiones, una parte de sus aportes se hubieran destinado a dichos conceptos.

En cuanto a los seguros previsionales, la demandante siempre gozó de cobertura desde su afiliación hasta el día de hoy, respecto de los gastos de invalidez, y sobrevivencia, circunstancias que no pueden ser desconocidas, inclusive dicho dinero no se encuentra en poder de la AFP, razón por la cual se considera que hacer el traslado de éstos dineros, constituiría un enriquecimiento sin justa causa en este caso.

La parte demandada (Colpensiones) 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, para en su lugar se absuelva a la Colpensiones, teniendo en cuenta que la demandante efectuó un traslado al RAIS, y por lo tanto no es procedente que se declare la nulidad del traslado ya que efectivamente de las pruebas arrimadas al proceso, se evidencia que la actora se encuentra actualmente afiliada al RAIS, por lo que suscribió de manera libre, voluntaria y consciente el formulario de afiliación, y adicional a ello, en el presente caso, la demandante nació el 13 de junio de 1961, y a la fecha de la reclamación administrativa contaba con 58 años, es decir, ya contaba con la edad para acceder a una pensión de vejez, conforme lo dispone la Ley 797 de 2003, concluyendo que no acredita los requisitos en la norma para que se proceda a un traslado de régimen pensional.

También es importante señalar que la demandante al 1 de abril de 1994, tenía 32 años de edad y no contaba con las 750 semanas, por lo que no es beneficiaria del régimen de transición, y no era posible realizar una proyección.

Debe tenerse en cuenta adicionalmente que la demandante realizó varios traslados, es por ello que se entiende que tenía conocimiento de lo que implicaba un traslado de régimen pensional.

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 COLPATRIA SA efectuado por el (la) señor (a) IMELDA BURITICA MEDINA el día 4 de agosto de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas

efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, momento para el cual solicitó trasladarse a la AFP COLPATRIA SA el 4 de agosto de 1995, con efectividad a partir del 1º de septiembre de 1995, y si bien con posterioridad solicitó trasladarse de régimen pensional, con destino a COLPENSIONES el 6 de octubre de 1998, dada la situación de multi afiliación en la que se vio la demandante, conforme la decisión del comité de multivinculación, se decidió que quedaría afiliada finalmente al régimen de ahorro individual administrado por a la AFP PORVENIR SA el 1 de julio de 1999. (fl. 106).

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 aportó expediente administrativo de la demandante. PORVENIR SA aportó: sábana de bono pensional, certificado de afiliación a Porvenir SA, historia de vinculaciones del SIAFP, formato de afiliación (1995 y 1999), comunicados de prensa, relación histórica de movimiento Porvenir SA, respuesta a derecho de petición.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 4 de agosto 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 4 de agosto de 1995, el (la) demandante tenía 656 semanas (fl. 55), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 13 de junio de 1961 – fl. 29) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, podría pensionarse en el RPM en el año 2018, toda vez que actualmente tiene más de 1.879 semanas – fl. 55, 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.

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 la señora IMELDA BURITICA MEDINA del régimen de prima media a la AFP PORVENIR SA el 4 de agosto de 1995.

**EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

**COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes 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 12 de febrero de 2021 por el Juzgado 32º 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 ellas; 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**

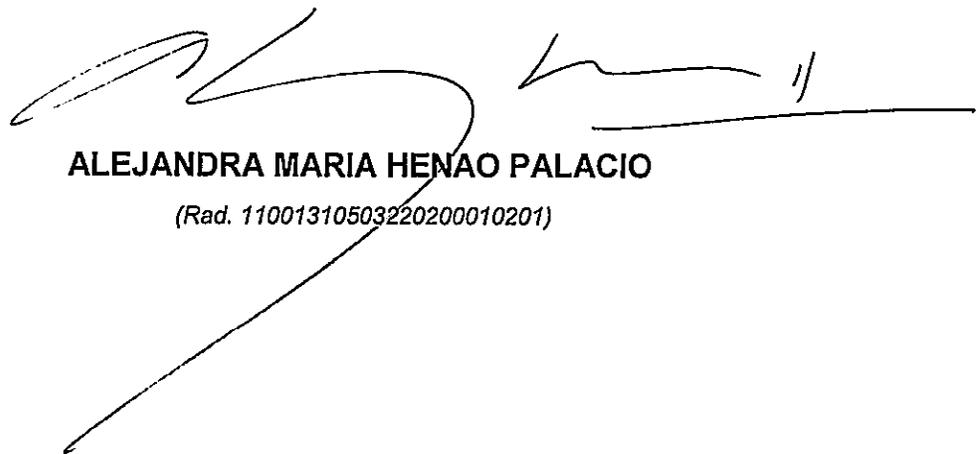
(Rad. 11001310503220200010201)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310503220200010201)

*Aclaro voto 1.*



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503220200010201)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 26-2019-00523-01**

Bogotá D.C., septiembre veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: JEANNETH ANDRADE HERNANDEZ  
DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PORVENIR SA  
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA  
(PORVENIR SA) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandada (Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26° Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 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 (fls. 21 a 27), así como Colpensiones (fls. 15 19) y Porvenir SA (fls. 5 a 13), 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) JEANNETH ANDRADE HERNANDEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES 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:

1. Se declare que la AFP Porvenir SA asesoró a la demandante JEANNETH ANDRADE HERNANDEZ de manera errada e inadecuadamente, sin un análisis juicioso y profesional sobre las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al RAIS al trasladarla de CAJANAL (liquidada) el 8 de agosto de 1997.
2. Declarar que la AFP Porvenir SA no le suministró información completa, verídica y comprensible a JEANNETH ANDRADE HERNANDEZ antes de cumplir la edad de 47 años (esto es antes del 7 de julio de 2009) respecto del régimen pensional a elegir qué régimen le era más favorable para sus intereses atendiendo sus ingresos.
3. Como consecuencia de la anterior declaración, decretar la nulidad del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Porvenir SA.
4. Ordenar a Porvenir SA trasladar a la señora JEANNETH ANDRADE HERNANDEZ al régimen de prima media con prestación definida los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a Colpensiones, en las mismas condiciones impetradas, como si nunca se hubiera surtido el traslado al RAIS.
5. Ordenar a Colpensiones aceptar el traslado de la señora JEANNETH ANDRADE HERNANDEZ al RPM.
6. Costas procesales.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 74 a 78) y PORVENIR SA (fls. 95 a 103), de acuerdo al auto visible a folios 140. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 26° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 22 de octubre de 2020, **DECLARÓ** ineficaz el traslado efectuado por la demandante JEANNETH ANDRADE HERNANDEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad

a partir de agosto de 1997. **CONDENÓ** a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración. **CONDENÓ** a COLPENSIONES que acepte dicho traslado y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas. **COSTAS** a cargo de la parte demandada PORVENIR SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$600.000.

### 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:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la AFP Porvenir SA, teniendo en cuenta que el formulario suscrito por la demandante, es un documento público que se presume auténtico, según los artículos 243 y 244 del CGP, y parágrafo del Art. 54 A del CPT, que además contiene las declaraciones de que trata el Art. 114 de la Ley 100 de 1993, esto es, que la selección de la afiliada en el traslado de régimen fue libre, espontánea y sin presiones, hecho que ratifica en el interrogatorio de parte, sumado a que el referido documento no fue tachado ni desconocido como lo disponen los Arts. 246 y 272 del CGP, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor, y menos desconocerlo.

Adicionalmente, se aduce que Porvenir SA no allegó prueba del cumplimiento de su deber para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es, entregar información completa, veraz, y oportuna, tan inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto PORVENIR de manera palmaria cumplió con la carga procesal impuesta, pese a la inversión de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto, en la medida que aportó los documentos que tiene en su poder, para demostrar que la demandante ha estado afiliada a PORVENIR, producto de una decisión libre y voluntaria de informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, sino que también se insiste con la conducta de la demandante que permaneció en el RAIS y permitió el descuento con destino a la AFP Porvenir, pruebas que si se analizan de manera crítica y en conjunto, permiten concluir que la intención de la actora era pertenecer al RAIS.

Menciona también que no es posible jurídicamente imponerle cargas distintas a PORVENIR, previstas en la Ley existente para el momento en que sucedió el traslado de régimen, toda vez que constituiría una violación al debido proceso y a la confianza legítima por parte de PORVENIR, ya que para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación, no solo la afiliada era una persona jurídicamente capaz, sino que además el acto citado que se celebró entre la demandante y PORVENIR contienen objeto y causa lícita y ahora por cuenta de interpretaciones, se desconocen instituciones primarias de un Estado Social de Derecho, como lo son la buena fe, y los efectos de los actos jurídicos.

Por otro lado manifiesta que, debe tenerse en cuenta el interrogatorio de parte que absolvió la demandante, pues válidamente se debe colegir que la actora recibió información suficiente y que nunca se preocupó por conocer aspectos para ella relevantes, pero que hoy echa de menos, sin acudir a los canales de atención con los que cuenta PORVENIR, lo que denota cierta negligencia por su parte, y que ahora pretende sanear a través del presente proceso bajo el argumento que no se le brindó la información necesaria.

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 SA efectuado por el (la) señor (a) JEANNETH ANDRADE HERNANDEZ el día 8 de abril de 1997; **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, inicialmente al ISS hasta el año 1993 (fl. 37), posteriormente en el año 1994 se afilió CAJANAL y con posterioridad, en el año

1995 se volvió a afiliarse al ISS(fl. 39), momento para el cual solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 8 de abril de 1997, con efectividad a partir del 1º de junio de 1997 (fl. 106).

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 continuó 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 no aportó ningún elemento probatorio. PORVENIR SA aportó: certificado de afiliación a Porvenir SA, formato de afiliación (1998), historia de vinculaciones del SIAFP, sábana de bono pensional, relación histórica de movimiento Porvenir SA, relación de aportes, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 8 de abril de 1997, 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 4 de abril de 1997, la parte demandante tenía 557 semanas (fl. 41), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 7 de julio de 1962 – fl. 36) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, podría pensionarse en el RPM en el año 2019, toda vez que actualmente tiene más de 1.562,29 semanas – fl. 41, 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.

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.

Ahora bien, si bien la demandante no estuvo afiliada al extinto ISS hoy Colpensiones, sino a una caja de previsión CAJANAL, ha de traer a colación la sentencia SL752 Rad. 72260 del 4 de marzo de 2020, en la que nuestro máximo órgano de cierre 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, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora JEANNETH ANDRADE HERNANDEZ del régimen de prima media a la AFP PORVENIR SA el 8 de abril de 1997.

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

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

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

Por resultar desfavorable el recurso al apelante 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 22 de octubre de 2020 por el Juzgado 26º Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias

en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

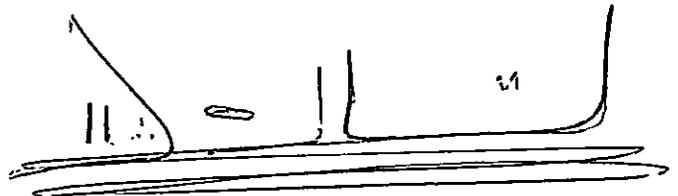
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

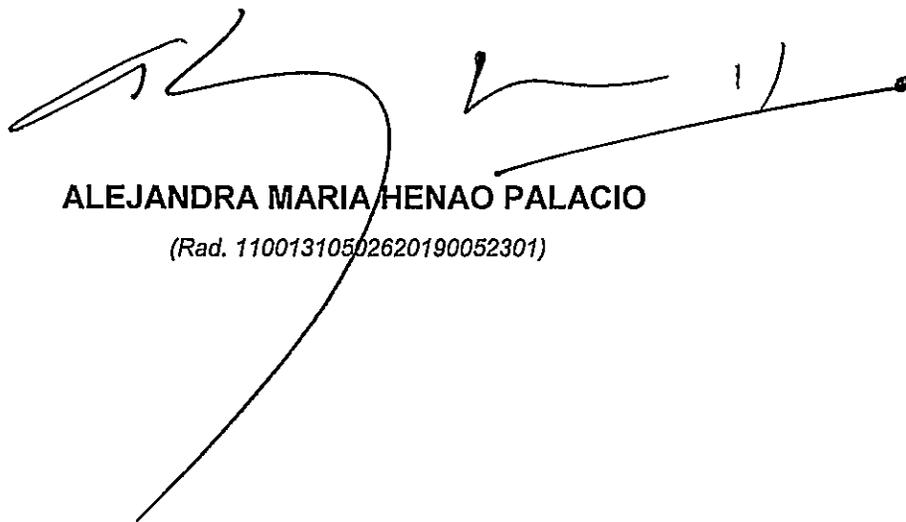
(Rad. 11001310502620190052301)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502620190052301)

*Aclarar voto!*



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502620190052301)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 13-2019-00581-01**

Bogotá D.C., septiembre veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: MARIO ALFREDO LINARES RUBIO**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR SA**  
**AFP OLD MUTUAL SA HOY SKANDIA SA**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**  
**(SKANDIA SA Y PORVENIR SA) // CONSULTA**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandada (SKANDIA SA y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 13º Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 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 (fls. 230 a 233), así como la demandada COLPENSIONES (fls. 189 a 196), PORVENIR SA (fl. 178 a 186 – 219 a 227) y AFP SKANDIA SA (fls. 211 a 214) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de noviembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## **ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) MARIO ALFREDO LINARES RUBIO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP SKANDIA SA y AFP PORVENIR SA SA, debidamente sustentada como aparece a folio 2 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

### **PRETENSIONES PRINCIPALES:**

1. Declarar la nulidad del traslado del señor MARIO ALFREDO LINARES RUBIO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuada en septiembre de 1997 o la vinculación a este último, entre la omisión de PORVENIR SA del deber de información al demandante, con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas.
2. Condenar a PORVENIR SA a restituir a COLPENSIONES los valores obtenido en virtud de la vinculación del señor MARIO ALFREDO LINARES RUBIO como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado.
3. Condenar a COLPENSIONES a recibir los valores obtenidos en virtud de la vinculación al RAIS de PORVENIR SA del señor MARIO ALFREDO LINARES RUBIO, como a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.
4. Costas procesales.

### **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:**

1. Declarar la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizado al demandante MARIO ALFREDO LINARES RUBIO del RPM al RAIS con PORVENIR SA en septiembre de 1997, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado, por parte del demandante, al momento de la vinculación al fondo privado demandado.

## **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 62 a 68), SKANDIA SA (fls. 75 a 82) y PORVENIR SA (fls. 114 a 160), de acuerdo al auto visible a folio 161 del plenario. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 13° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 20 de octubre de 2020, **DECLARO LA INEFICACIA** del traslado que hiciera el señor **MARIO ALFREDO LINARES RUBIO** a través de la AFP **PORVENIR SA**, el 28 de agosto de 1997, efectiva desde septiembre de dicha anualidad, y de contera las realizadas con posterioridad a las diferentes AFP. **CONDENÓ** a **PORVENIR SA** y **SKANDIA SA** a devolver a **COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades que tenga cada una en su poder en la actualidad. **CONDENÓ** a **COLPENSIONES** a tener como afiliado al actor, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral del demandante. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas. **COSTAS** a cargo de la demandada **PORVENIR SA**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.

### 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:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la AFP **PORVENIR**, teniendo en cuenta que el traslado efectuado por el demandante se hizo de manera libre, voluntaria y consiente, pues el formulario de afiliación que se suscribió con **PORVENIR SA** se hizo de manera voluntaria, así mismo, resaltar que el Juzgado de instancia no tiene en cuenta que el traslado de régimen tuvo plena validez, en la medida que **PORVENIR** cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondía en materia de información, teniendo en cuenta los parámetros establecidos en las normas vigentes al momento del traslado, las cuales no exigían una información en los términos reclamados en la demanda, y tampoco es cierto

que sea necesario una comparación entre regímenes pensionales, en la medida que la norma vigente, esto es, el Decreto 663 de 1993 exigía que solo se requería informar al demandante la información clara y veraz acerca de las características al RAIS, lo cual PORVENIR si cumplió en la asesoría verbal que realizó al demandante, por lo tanto, es claro que no existe un fundamento jurídico para declarar la nulidad o ineficacia que aquí se depreca, además de agregar que el demandante, al realizar el traslado pensional era con capacidad suficiente según el Art. 1503 del CC, y es claro que el acto de afiliación que se realizó con el demandante, era un acto unilateral, que tenía como único fin la protección de las contingencias, razón por la cual no puede limitarse el monto pensional a un perjuicio, como lo intenta valer el demandante, toda vez que ambos regímenes pretenden dar la protecciones a posibles contingencias, no son comparables, cada una tiene beneficios y desventajas diferentes que se le explicaron al demandante. En este sentido, la inconformidad con el RAIS recae sobre el monto pensional, para ser considerado como un elemento de viciar la voluntad del actor, y por tanto no se puede reconocer la nulidad o ineficacia que se esta reclamando, no se debe ignorar que el demandante tiene múltiples ratificaciones e intenciones de mantenerse en el RAIS, como claro las diferentes de cambiarse de administradoras dentro del RAIS, recibimiento de extractos, etc.

2. **DEVOLUCION DINEROS:** Por otro lado, si bien la Juzgado exige a PORVENIR devolver cada uno de los valores de la cuenta individual del demandante, cabe agregar que éstos ya no se encuentran en las arcas de PORVENIR, toda vez que ya se trasladaron a otras AFP, las cuales en este momento el demandante se encuentra afiliado.
3. **GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y SEGUROS PREVISIONALES:** En el evento en que sea confirmada la sentencia proferida en primera instancia, solicita se absuelva en cuanto al pago de gastos de administración y descuentos por seguros previsionales, toda vez que los mismos tienen una destinación específica, la cual ya fue cumplida y esa suma simplemente ya fue invertida, y exigir a PORVENIR que devuelva unos dineros que no se encuentran en cabeza de la misma, no se puede retrotraer en el tiempo los pagos que ya realizó PORVENIR, más aun cuando ya se hizo un traslado a otra AFP.

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

- 1. DEVOLUCIÓN DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a SKANDIA SA, teniendo en cuenta que la devolución de éste tipo de dinero ya sea para el seguro previsional o gastos de administración, fueron utilizados para la generación de rendimientos en la cuenta de ahorro individual del demandante, es claro que se generaría un enriquecimiento sin justa causa por parte de COLPENSIONES, lo anterior debido a que dichos gastos se generaron al administrado para protegerlo de situaciones que pudieran generar la invalidez, y por otro lado, se destinaron específicamente a la generación de rendimientos y sostenibilidad de la eventual pensión del demandante, y esto tiene como consecuencia que SKANDIA ante un negocio que proviene de la buena fe, continuó desarrollando su actividad conforme lo establecen las normas, en virtud del vínculo que sostiene con el aquí demandante, y es que al final se puede determinar con los documentos tales como el estado de cuenta que durante la vigencia del contrato se generaron unos rendimientos, los cuales se han generado conforme la normatividad lo establece, motivo por el cual se generaría un enriquecimiento por parte de COLPENSIONES, que a diferencia de los fondos, no tiene este tipo de tratamiento con los aportes que se generan.

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) señor (a) MARIO ALFREDO LINARES RUBIO el día 28 de agosto de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP SKANDIA SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 28 de agosto de 1997, con efectividad a partir del 1º de octubre de 1997; posteriormente solicitó trasladarse a la AFP Colpatria, el 1 de mayo de 1999, efectiva a partir del 1 de julio de 1999; Luego dada la cesión por fusión quedó afiliado a la AFP HORIZONTE el 29 de septiembre de 2000, con efectividad a partir del 29 de septiembre de 2000. Posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA el 30 de septiembre de 2002, con efectividad a partir del 1 de noviembre de 2002 (fl. 136). Finalmente, solicitó trasladarse a la AFP OLD MUTUAL SA hoy SKANDIA SA el día 30 de marzo de 2009 (fl. 89).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES no aportó ningún elemento probatorio. AFP SKANDIA SA aportó: formato de afiliación (2009), historia laboral consolidada, sábana de bono pensional. PORVENIR SA aportó: historial de vinculaciones de SIAFP, relación histórica de movimientos Porvenir, relación histórica de movimiento Horizonte, relación de aportes, certificado de afiliación Porvenir, formato de afiliación (1997, 2002, 1998, 2002), respuesta a derecho de petición.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de agosto de 1997, 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 28 de agosto de 1997, el demandante tenía 1,097 semanas (fl. 94), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 39 años (nació el 21 de noviembre de 1955 – fl. 26) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad en el año 2017, podría pensionarse en el RPM, (Actualmente ha cotizado mas de 1.427,29 semanas – fl. 94), 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 62 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, o en el evento para poder obtener una pensión, la

obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente 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 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 los apoderados de las demandadas 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 señor MARIO ALFREDO LINARES RUBIO del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 28 de agosto de 1997.

#### **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:**

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes SKANDIA SA 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 20 de octubre de 2020 por el juzgado 13º Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (SKANDIA SA y PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fijense 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. 11001310501320190058101)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310501320190058101)

*Aclaro Voto!*



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310501320190058101)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 07-2019-00429-01**

Bogotá D.C., septiembre veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: JOSE GERADO GONZALEZ PARDO  
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 7º Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 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 demandada Colpensiones (fls. 16 a 22 y 41) y Porvenir SA (fl. 5 a 13) 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) JOSE GERARDO GONZALEZ PARDO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA SA, debidamente sustentada como aparece a folios 5 y 6 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARATIVAS:**

1. Que el señor JOSE GERARDO GONZALEZ PARDO fue mal asesorado e informado por parte de la AFP Porvenir SA, en el año 1999 con la finalidad de lograr el traslado de régimen pensional.
2. Que no hubo una real asesoría que incluyera una información veraz en cuanto a la manera, tiempo, monto de la mesada pensional que recibiría el señor JOSE GERARDO GONZALEZ PARDO, al momento de estructurar el derecho a la pensión de vejez.
3. Que la AFP Porvenir SA a través de información no veraz, llevó al señor JOSE GERARDO GONZALEZ PARDO a tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, prometiendo mejores beneficios económicos que los ofrecidos en el régimen de prima media.
4. Que la AFP Porvenir SA, generó una afectación de los derechos pensionales del señor JOSE GERARDO GONZALEZ PARDO.
5. Que la vulneración al derecho de información que genera el consentimiento informado en el traslado de régimen pensional, derivó en la afectación a la vida digna del señor JOSE GERARDO GONZALEZ PARDO al momento de estructurar el derecho a obtener la pensión.
6. Que la AFP Porvenir SA vulneró los principios objetivos contenidos en la Ley 100 de 1993, en razón a que están generando un detrimento patrimonial y por ende una vulneración a la vida digna del señor JOSE GERARDO GONZALEZ PARDO.
7. Declarar la nulidad e ineficacia del traslado de la afiliación en pensiones del señor JOSE GERARDO GONZALEZ PARDO a la AFP Porvenir SA, por cuanto la misma careció de información veraz en el cambio de régimen pensional, debido a la fraccionada e incompleta asesoría sobre los riesgos que debía asumir en el cambio de régimen pensional, al no haber sido clara, completa, comprensible la manera como estaba diseñado el régimen de ahorro individual, incumpliendo el deber del consentimiento informado y detallado en la asesoría del cambio de régimen y durante la permanencia en este.

8. A Colpensiones a trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos, fruto e intereses que actualmente tiene la AFP Porvenir SA, con destino a Colpensiones quien fue la entidad que asumió las obligaciones del ISS, de acuerdo al Decreto 2013 de 2012.

#### **CONDENATORIAS:**

1. A la AFP Porvenir SA, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, a trasladar todos los aportes, efectuado por el señor JOSE GERARDO GONZALEZ PARDO junto con sus rendimientos a Colpensiones.
2. A Colpensiones a activar la afiliación del señor JOSE GERARDO GONZALEZ PARDO, en el régimen de prima media con prestación definida.
3. A Colpensiones a aceptar y recibir el traslado de los aportes del señor JOSE GERARDO GONZALEZ PARDO.
4. A Colpensiones, que el señor JOSE GERARDO GONZALEZ PARDO podrá solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez, de conformidad con los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993.
5. Costas procesales.

#### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 99 a 114) y PORVENIR SA (fls. 172 a 195), de acuerdo al auto del 30 de septiembre de 2020. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

#### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 7° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 7 de octubre de 2020, **DECLARO LA INEFICACIA** de la afiliación del señor JOSE GERARDO GONZALEZ PARDO, con la AFP Porvenir SA el 20 de mayo de 1999 contenida en el formulario No. 01185137. **ORDENÓ** a PORVENIR SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor JOSE GERARDO GONZALEZ PARDO, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Igualmente, PORVENIR SA debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que

deben ser reintegrado y devueltos a Colpensiones, debidamente indexado. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliado al régimen de prima media con prestación definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones presentadas por la AFP Porvenir SA. **COSTAS** a cargo de las demandadas, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV.

## 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:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la AFP Porvenir, teniendo en cuenta que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues PORVENIR SA cumplió con el deber de información que establece el Art. 97 del Decreto 663 de 1993, pues se le entregó al demandante la información necesaria para que se trasladara al RAIS, esto es, de manera verbal en la reunión que tuvo con el asesor, y de manera posterior con las comunicaciones enviadas al demandante.

De igual forma, con la suscripción del formulario de traslado de régimen, se entiende otorgada la información necesaria, pues contenía la información del RAIS, resaltando que éste formulario fue expedido de acuerdo con los lineamientos establecidos en el Art.11 del Decreto 692 de 1994, generando así una confianza para PORVENIR SA, frente a la información que debía entregarse al actor.

Por otro lado, debe mencionarse el deber de diligencia y cuidado del afiliado en sus propios negocios, pues el mismo acepta no haber leído el formulario de afiliación que suscribió, pese a conocer la relevancia que estaba haciendo un traslado de régimen pensional, era consiente que estaba haciendo un cambio de régimen. Máxime cuando de la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, de acuerdo al Art. 9 del CC.

**2. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:** Conforme lo anterior, se tiene por acreditado la información otorgada por PORVENIR SA al demandante, cumpliendo con su deber de información, y en consecuencia las condenas derivadas como consecuencia de la ineficacia del traslado deben revocarse,

por cuanto si bien el Juzgado declara la ineficacia, entra en una contradicción, por cuanto menciona que debe hacerse como si ese negocio o actuación nunca hubiera existido, sin embargo, el Juzgado ordena devolver los gastos de administración, pero frente a los rendimientos financieros que realizó PORVENIR SA, y que se generaron con ocasión a esa vinculación en el RAIS si ordena su traslado, debe recordarse que si se decreta ineficacia, esos rendimientos no se hubieran generado tampoco, por el contrario, se debió haber hecho un cálculo de los rendimientos que se generaron por parte de Colpensiones, y haberlo trasladado a PORVENIR SA, por cuanto al ordenar devolver los rendimientos y los gastos de administración, se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y del demandante.

De igual forma, las sumas que se descuentan por gastos de administración se utilizan para el fondo de la pensión de garantía mínima, pues son descuentos establecidos por Ley, conforme el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, descuentos que igualmente se realizan en el RPM.

Respecto de las restituciones mutuas que establece el Art. 1746 del CC, debe recordarse un concepto como lo es la estabilidad financiera, y en ese sentido deben respetarse los gastos de administración ya pagados, este concepto es del 17 de enero de 2020.

En ese sentido, solicita se haga un estudio de las consecuencias económicas que implica ordenar la ineficacia del traslado, por cuanto es claro que atenta en contra del principio de sostenibilidad financiera del sistema, y los tribunales superiores de Colombia no han sido ajenos a ordenar pagar ésta sostenibilidad financiera del sistema, pues en sentencia del Tribunal Superior de Medellín en decisión del 14 de agosto de 2019, indicó que en virtud del Art. 235 del CGP decide unificar su jurisprudencia en sentencia 2015-1295-01, negando las ineficacias del traslado de régimen pensional con base en la sostenibilidad financiera del sistema.

La **parte demandada (Colpensiones)** 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, para en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que no se acreditó ningún vicio en el consentimiento dentro del expediente, pues no obra prueba alguna que demuestre que se esta frente a un vicio del consentimiento, consagrado en

el artículo 1740 del CC, esto es, error, fuerza o dolo. Ahora, nos encontramos frente a un error de derecho, el cual tiene una fuerza legal para declarar la ineficacia de un acto jurídico, por no tratarse de un error diferente o un error de nulidad, es por esto que afecta la validez del acto y lo conlleva a su anulación judicial, no obstante, la nulidad no se alegó dentro del término que establece el artículo 1754 CC, norma que señala que el plazo para pedir la nulidad judicial, es de 4 años, los cuales se contarán en el caso del error, dolo o fuerza desde el día de la celebración del acto jurídico o del contrato, si el traslado de régimen se realizó en el año 1999, según los documentos que fueron allegados con la demanda, la nulidad debió pedirse antes del año 2003.

De igual manera, debe tenerse en cuenta que existió una ratificación expresa y tácita de sanear un presunto vicio del consentimiento, pues el demandante sanea la nulidad con la ratificación tácita a que se refiere el Art. 1754 del CC, que al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autoriza el traslado de régimen, ello tiene que ver que el demandante duro prácticamente toda su vida en el RAIS, aproximadamente 24 años, es así que trae a colación la sentencia del 30 de julio de 2020 dentro del proceso No. 2018-00445 por el Tribunal Superior de Bogotá, en el que indica que indica que al afiliado no lo pueden exonerar de tener una mínima ilustración del traslado de régimen, toda vez que no se encuentra acreditada la disminución para poder celebrar actos o contratos, es así que el magistrado ponente da aplicación al Art. 1750 del CC, es así que no es viable que el demandante pretenda un traslado, máxime por cuanto no se encuentra de acuerdo con la mesada pensional la cual no estaría acorde con sus aspiraciones económicas, y por ende, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el cual optó, como lo admitió al firmar el formulario de afiliación, es así que también es pertinente mencionar el principio de descapitalización del sistema pensional, trayendo a colación la sentencia C 1024 de 2004, la SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, donde se indica que nadie puede resultar subsidiado de los recursos realizados de manera obligatoria de otros afiliados, pues el sistema se descapitalizaría.

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) señor (a) JOSE GERARDO GONZALEZ PARDO el día 20 de mayo 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.

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), solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 20 de mayo de 1999, con efectividad a partir del 1º de julio de 1999; posteriormente solicitó trasladarse a la AFP Colpatria, el 29 de febrero de 2000, efectiva a partir del 1 de abril de 2000; finalmente, dadas las cesiones por fusión quedó afiliada a la AFP HORIZONTE desde el 29 de septiembre de 2000 y finalmente a la AFP PORVENIR SA a partir del 1 de enero de 2014 (fl. 198).

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. PORVENIR SA aportó: historial de vinculaciones de SIAFP, formato de afiliación (1999), certificado de afiliación a la AFP Porvenir SA, relación histórica de movimientos Porvenir, relación de aportes.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 20 de mayo 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 20 de mayo de 1999, el demandante tenía 947 semanas (fl. 36), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 26 de noviembre de 1961 – fl. 17) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad, podría pensionarse en el RPM, (Actualmente ha cotizado mas de 1.946 semanas – fl. 36), 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 62 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, o en el evento para poder obtener una pensión, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente 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 Porvenir 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 adoctrinó "*Tampoco halla la Sala desinteligencia en la inferencia del juez plural consistente en que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, la actora resultó afiliada automáticamente al régimen de prima media, y que esta resultó siendo su primera selección, pues ninguna intelección se ofrece más coherente si de interpretar las normas aplicables al caso bajo examen, a saber: artículos 52 y 28 de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el régimen de prima media con prestación definida, entre ellas la Caja Nacional de Previsión Social.*"

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

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 señor JOSE GERARDO GONZALEZ PARDO del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 20 de mayo de 1999.

**EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

#### **COSTAS 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 7 de octubre de 2020 por el juzgado 37º 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.

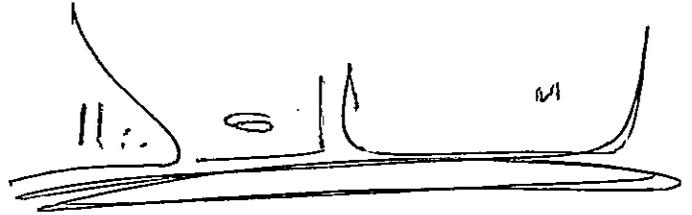
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

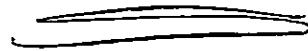
(Rad. 11001310500720190042901)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310500720190042901)

*Aclarar Voto!*



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310500720190042901)

