



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DORA BEATRIZ MELO VILLALOBOS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 007 2018 00719 01**

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

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Protección S.A., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de mayo de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

La apoderada de la parte demandante, manifestó que quien realizó la afiliación solamente se limitó a llenar un formato preestablecido por el

mismo para dicha afiliación y no suministró a la actora información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y los beneficios así como las consecuencias negativas y específicas de abandonar el RPM y en general sobre las implicaciones que debía tener en cuenta para tomar la decisión

COLPENSIONES., por medio de su apoderada judicial manifestó que que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), por lo que no se encuentra frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y Protección S.A., por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad, que es aquel que por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó al Fondo de pensiones SANTANDER S.A., hoy PROTECCIÓN S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que afilió al Sistema General de Pensiones con el ISS hoy Colpensiones, desde el 6 de febrero de 1989, y se trasladó a Santander S.A hoy Protección S.A., el 21 de enero de 2004, sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 141, 106, 77,36 y 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1746 del Código Civil, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el Decreto Ley 3466 de 1982; el artículo 25 Ley 1564 de 2012, el artículo 897 del Código de Comercio.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 227 a 252, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que el contrato suscrito por la demandante es plenamente válido, toda vez que el mismo no ha sido tachado de falso, por lo que se realizó en ejercicio del derecho que tenía la actora de seleccionar el régimen pensional al cual deseara esta afiliada, esto de conformidad al literal b del artículo 2 de la Ley 797 de 1993. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica.

PROTECCIÓN S.A., realizó contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 281 a 285, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente, en relación con los efectos jurídico, las consecuencias generadoras por el traslado de régimen. Propuso las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación y la genérica.

## III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de mayo de 2021, el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora DORA BEATRIZ MELO VILLALOBOS, identificada con C.C N° 41.775.090, del régimen de prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante DORA BEATRIZ MELO VILLALOBOS, identificada con C.C. N°41.775.090, al régimen de Prima Medica con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, como si*

*nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora DORA BEATRIZ MELO VILLALOBOS, identificada con C.C. N°41.775.090, como cotizaciones, aportes, adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

*QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.*

*SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES Y PROTECCION y a favor del demandante, fjese la suma de \$300.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las accionadas.*

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como SL 1452, SL 1688, SL1689 de 2019, establecen el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el Régimen de Prima Media y acceder al reconocimiento de la prestación, resaltó que el simple consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación no es insuficiente.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación por medio de su apoderada judicial con fundamento en que se pretende invalidar un acto que no solo fue valido sino que produjo efectos jurídicos, ya que la demandante efectuó aportes al fondo privado adquiriendo obligaciones, por lo que no es posible derivar obligaciones a cargo de Colpensiones, además de ello señaló que no se evidencia en el interrogatorio de parte que se hubiese hecho incurrir en error o que se este en presencia de algún vicio del consentimiento, por lo que se demostró que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, así como también sea exonerado del pago de costas, toda vez que el Fondo ha actuado de buena fe aplicando la

normatividad vigente no podía generar el traslado de régimen toda vez que se esta en presencia de una prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

A su vez PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación de manera parcial contra el fallo proferido en primera instancia en relación a la condena en gastos de administración, con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, tanto en el régimen de prima media como el de ahorro individual el 3% del IBC de los afiliados al sistema general de pensiones se destina a pagar la comisión de administración y el seguro previsional, este ultimo se le paga mes a mes a una aseguradora para que en caso de que ocurra un siniestro por invalidez o sobrevivencia dicha entidad cancele la suma adicional, señaló que en el evento de que se declare la ineficacia del traslado lo que únicamente procede es la devolución de los aportes de ahorro individual mas los rendimientos financieros generados por la AFP, pero no los descuentos por gastos de administración, toda vez que son prestaciones ya causadas y se genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 286 se evidencia formulario de afiliación a Protección S.A., el 21 de enero de 2004.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en enero del año 2004, en su lugar de trabajo un asesor de Santander S.A., hoy Protección S.A., le indico que se podría pensionar con una mesada pensional superior a la que tendría si continua en Colpensiones, así como también que podría pensionarse de manera anticipada y que el Seguro Social se iba liquidar situación que le preocupo mucho y por tal información decidió cambiarse de régimen pensional.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del

traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 13 de mayo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JUAN ROJAS**  
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**  
**COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE**  
**FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 008 2020 00274 01**

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

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones.,

contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de marzo de 2021.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la ineficacia de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 17 de diciembre de 1950, se trasladó del RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A., el 29 de julio de 1999, sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión, posteriormente en el año 2013, Porvenir suspendió los trámites de la solicitud de vinculación por considerarla inválida, por lo cual procedió a trasladar los aportes del actor a Colpensiones, que inicialmente recibió los aportes y los incluyó en su historia laboral y luego los devolvió a la AFP.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53, 58 y 150 de la Constitución Política, los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 795 de 2003, los decretos 692 y 720 de 1994, el Decreto 663 de 1993 del Estatuto Organizo del Sistema Financiero, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010, las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, 54814 de 14 de noviembre de 2018, 47125 el 14 de noviembre de 2018,

68852 del 3 de abril de 2019, 56174 del 10 de abril de 2019 y 68838 del 8 de mayo de 2019.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., contesto la demanda mediante escrito incorporado el 11 de noviembre de 2020, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas, con fundamento en que el traslado efectuado por la parte actora a la AFP se presume realizado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional, consagrado en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

PORVENIR S.A., contestó la demanda mediante escrito el 17 de noviembre de 2020, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas, con fundamento en que la administradora realizó todas las gestiones que concluyeron con la inexistencia de la afiliación del actor por falta de firma del formulario de afiliación, todo lo cual fue informado y sustentado en la comunicación del 30 de agosto de 2013, por medio de la cual se le informó al demandante, que la administradora procedió a dejar sin efecto todos los trámites de la solicitud de vinculación al fondo, realizados mediante la radicación n°1215646 del 29 de julio de 1999. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas y la genérica.

### III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de marzo de 2021, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD DEL TRASLADO del señor JUAN ROJAS realizado del Régimen de Prima Media al RAIS acaecido el 29 de julio de 1999, mediante la afiliación a PORVENIR, declarada válida la afiliación del demandante a Colpensiones por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR a Colpensiones activar la afiliación del señor JUAN ROJAS al Régimen de Prima Media con prestación definida, activado y actualizado la historia laboral del actor.*

*TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a que en el evento de tener aportes del señor JUAN ROJAS, especialmente los correspondientes del ciclo del 05 de agosto de 2018 en adelante, proceda a devolver a Colpensiones todo los valores que hubiera recibido de manera inmediata.*

*CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR, que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional de la demandante.*

*QUINTO: sin condena en costas, ante su no causación.*

*SEXTO: como quiera que fue adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, ENVIAR el presente asunto al Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.*

Como fundamento de la decisión, el juzgado señaló que la afiliación a Porvenir S.A., no tuvo validez alguna por cuanto la demandada así lo estableció, luego de las pruebas grafológicas que demostraron que la firma del formulario de afiliación, no corresponde a la del demandante; por lo cual procedió a remitir los aportes del actor a Colpensiones, resaltando que la afiliación al RPM administrado por Colpensiones estaba vigente, al margen de la certificación emitida por dicha Entidad donde desconocía tal condición, pues ante la ausencia de su consentimiento por ausencia de su firma en el formulario de afiliación, la realizada a Colpensiones cobra plena vigencia; sin que se trate de un caso de multifiliación y sin que puedan aplicarse sus efectos, ni las previsiones que sobre el particular prevén los Decretos 3800 de 2003 y 3995 de 2008.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación con fundamento en que no procede la declaratoria de nulidad del traslado, ya que como se indicó no existió legitimación en la causa para vincular a Porvenir, ya que nunca existió una vinculación con la AFP, hecho que se ratificó mediante la carta del 30 de agosto de 2013, soportado en el estudio grafológico; en consecuencia solicitó se estudie el caso en particular, se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva a la Entidad de todas y cada una de las pretensiones.

#### **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en

materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente declarar la nulidad de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad o si como lo solicita la recurrente Porvenir S.A., el traslado del demandante fue inexistente y en consecuencia resultan atendibles las solicitudes declarar vigente su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas.

De conformidad con el acervo probatorio se tiene que en principio el 29 de julio de 1999, aparece el traslado del demandante a Porvenir S.A., sustentado en un formulario cuya firma resulto no ser la del actor. El acto de afiliación fue desestimado por la AFP el 30 de agosto de 2013, en virtud de un estudio grafológico que determinó que la firma que aparece

en dicho formulario no corresponde a la del señor Juan Rojas, por lo que informó que procedería a trasladar a Colpensiones los aportes depositados en la cuenta de ahorro individual. Con posterioridad Colpensiones mediante las comunicaciones del 30 de enero de 2017 y 18 de julio de 2018, le manifestó al actor que de acuerdo al Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones SIAFP, se registraba el trasladado a una AFP y en consecuencia a la fecha no se encontraba afiliado a Colpensiones.

El artículo 4° del Decreto 1068 de 1995, que también fue objeto de compilación en el artículo 2.2.2.1.14 del Decreto 1833 de 2016, prevé, entre otras cosas, que para que la afiliación se pueda considerar válida, el formulario debe estar correctamente diligenciado y firmado por el afiliado, el empleador y la persona autorizada por la entidad administradora de pensiones. En consecuencia, como en este caso no se acreditó que el ahora demandante hubiera consentido o aceptado el traslado de régimen pensional, pues no se acreditó el cumplimiento del requisito de forma consagrado en la ley, correspondiente a la suscripción del respectivo formulario, en nada se afecta la afiliación a Colpensiones ni produce efecto alguno las cotizaciones que se efectuaron a la AFP, pues las mismas no tenían ningún sustento.

Bajo las anteriores premisas, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación propuesto por la AFP, para la Sala es claro que el señor Juan Rojas no se encontró afiliado a la AFP Porvenir S.A., luego no puede

declararse la nulidad de un acto de afiliación que no existió, como lo aceptan el demandante y la AFP Porvenir S.A., por lo cual se revocara parcialmente el numeral primero la decisión de primera instancia en cuanto declaro la nulidad del acto de afiliación a Porvenir S.A., en el entendido que nunca existió y, se confirmará en cuanto declara vigente la afiliación del demandante a Colpensiones, en el entendido de serlo sin solución de continuidad.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, proferida el 5 de marzo de 2021, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en cuanto declara la nulidad de la afiliación a Porvenir S.A. y confirmarlo en cuanto se declara vigente la afiliación del señor Juan Rojas identificado con C.C N°. 3.249.192 a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, en el entendido que lo es sin solución de continuidad.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR RODOLFO ANTONIO LOPEZ RUEDA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 012 2019 00073 01**

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

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Porvenir S.A., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de mayo de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que se da por demostrado sin estarlo que la actora no fue informada sobre las ventajas y desventajas de los dos regímenes

pensionales, así como también señaló que la demandante recibió la asesoría de manera verbal y no puede cuestionarse su vinculación con la aplicación automática de sentencias tomadas por el despacho para equiparar la decisión que ha debido ser apreciada sobre el caso específico y no ser apreciada de manera general.

A su vez, COLPENSIONES., manifestó que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que el demandante fue informado por el fondo al que se encuentra afiliado el cual suministro la información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto señaló que no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 15 de diciembre de 1954, que se afilió al Sistema General de Pensiones con el ISS hoy Colpensiones, desde el 15 de abril de 1983 y el 30 de junio de 2000, y a partir del mes de julio, decidió trasladarse a la AFP Porvenir S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 13,48, 53 y 365 de la Constitución Nacional; los artículos 1,2, 6, 12,13, 16, 33, 34, 59, 60, 64 y 272 de la Ley 100 de 1993; Decreto Ley 656 de 1994, las artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, los artículos 1 y 2 del Decreto 2071 de 2015.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 37 a 40, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que en la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen lo que demuestra que el afiliado era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A., realizó contestación a la demanda mediante escrito visibles a folios 69 a 81, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la vinculación al RAIS que realizó el demandante se realizó válidamente de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 4 de mayo de 2021, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación del demandante RODOLFO ANTONIO LÓPEZ RUEDA, efectuada con la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A de 29 de junio de 2000, formulario 01399103 folio 185 del expediente.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. trasladar el valor de saldos aportes y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a COLPENSIONES.*

*TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante, y a recibir el monto de saldos, aportes y rendimientos, sin reconocimiento del régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.*

*CUARTO: ABSOLVER a COLPENSIONES y PORVENIR de las demás suplicas de la demandada.*

*QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.*

*SEXTO: SIN CONDENAS EN COSTAS, en la instancia.*

*SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente Sentencia, sírtase el grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.*

Como fundamento de su decisión, argumentó que la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado que en relación a la escogencia de régimen esta debe ser libre, voluntaria y plenamente informada, siendo un requisito de existencia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, agregó que al no existir la mencionada figura se está en presencia de la nulidad o la ineficacia, por otro lado manifestó que el deber de información que recae en las administradoras de pensiones y que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento de dicho deber.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación de manera parcial, ya que se encuentra conforme en la no condena de gastos de administración, sin embargo se encuentra en desacuerdo en la condena de ineficacia del traslado en consideración de que en el presente caso si se evidenció los actos de ratificación por parte del actor, ya que actualizó datos ante la AFP, por tanto no se puede dar aplicación de manera automática y se esta obligando al Fondo a allegar documental adicional y aplicación de normas que no estaban sujetas a la época, por lo que señaló se viola la seguridad jurídica, resaltó que el actor desde el año 2000, tenía la voluntad informada de trasladarse y podía retractarse en cualquier momento, por lo que solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

A su vez COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en lo referente a los gastos de administración con fundamento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados N° 1452, 31989 de 2018, 17595 de 2017, 4189 de 2018, 1421 de 2019, en ese entendido hay lugar a manifestar que se debe reintegrar la totalidad de cotización incluye los recursos de cuenta de ahorro individual, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, porcentaje al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

## V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

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

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

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

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

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

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

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula***

***genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 85 se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 29 de junio de 2000.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se establece que en el año 2000, en su lugar de trabajo una asesora de Porvenir S.A., le indicó que el Seguro Social estaba en proceso de liquidación y que el Fondo privado le daría unos beneficios por el cual podría pensionarse de manera anticipada, la mesada pensional sería mucho mejor y en caso de muerte su familia podía recibir los ahorros del fondo pensional y por tal razón lleno el formulario de afiliación.

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, para la Sala es claro que la AFP PORVENIR debe devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Jacqueline Toro Lasso. Al respecto ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al señalar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

En consecuencia, se habrá de modificar el ordinal segundo de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que la condena comprende la totalidad de los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, proferido 4 de mayo de 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de señalar que la condena comprende la totalidad de los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

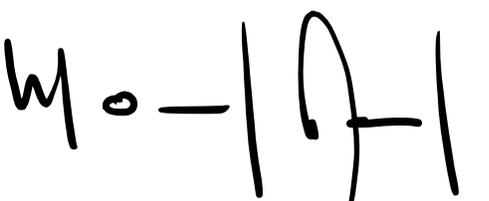
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JACQUELINE TORO LASSO**  
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**  
**COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**  
**PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A**  
**PENSIONES Y CESANTÍAS.**

**RADICADO: 11001 3105 012 2019 00496 01**

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

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por la parte actora, Porvenir y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de abril de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., manifestó que no le asiste razón al fallador de primera instancia, ya que en el presente asunto no se acreditó la

existencia de algún vicio en el consentimiento con el cambio de régimen pensional, debido a que no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

A su vez COLPENSIONES, reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento del artículo 1508 (error, fuerza y dolo) y con la concurrencia de uno de los anteriores el contrato se declarara nulo, en consecuencia en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia de traslado, ya que la demandante fue informada por la AFP de forma veraz, completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la ineficacia de traslado que realizó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, y posteriormente a Porvenir S.A., y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el 12 de julio de 1998, fecha en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colmena S.A., hoy Protección S.A., y posteriormente realizó un traslado horizontal Porvenir S.A.

Como fundamento normativo, citó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el Decreto 663 de 1993, el artículo 365 del Código General del Proceso, las

sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 19447 de 2017, 1452 de 2019, 68852 de 2019, 31989 de 2008.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., dio contestación como aparece a folios 64 a 70, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que la actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, ya que la afiliada era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen y dicha elección del régimen se llevo a cabo de manera libre, espontanea y sin presiones. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones.

PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 103 a 111, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que el traslado que realizó la demandante estuvo precedido de información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente en relación con los efectos jurídicos, las prestaciones que otorga, las modalidades para acceder al reconocimiento pensional, las ventajas, desventajas. Propuso las excepciones de inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, declaración de manera libre y espontanea del demandante, buena fe, inexistencia de perjuicio, inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A., contestó la demanda allegó con el escrito visible a folio 143, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que la afiliación de la demandante con Colpatria en el año 1999 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación documento publico, que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 21 de abril de 2021, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y de cotización de la demandante JACQUELINE TORO LASSO celebrada en su momento con la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A 02 de julio de 1998 formulario 9834840, y, la subsiguiente con la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIA COLPATRIA posteriormente HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. de fecha 22 de julio de 1999 formulario 0980951.*

*SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. siendo el ultimo fondo, a la devolución de saldos aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante JACQUELINE TORO LASSO con destino a COLPENSIONES.*

*TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de aportes, saldos y rendimientos, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho sobre el particular.*

*CUARTO: ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR de las demás suplicas de la demanda y, absolver a PROTECCIÓN de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.*

*QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES y por PROTECCION.*

*SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS, en la instancia.*

*SEPTIMO: En caso de no ser apelado el presente fallo, súrtase el grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.*

Como fundamento de su decisión, argumentó que la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado que en relación a la escogencia de régimen esta debe ser libre, voluntaria y plenamente informada, siendo un requisito de existencia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, agregó que al no existir la mencionada figura se está en presencia de la nulidad o la ineficacia, por otro lado manifestó que el

deber de información que recae en las administradoras de pensiones y que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento de dicho deber.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de la demandante., interpuso recurso de apelación en lo referente a que el fallador de primera instancia no dio la orden de trasladar los gastos de administración desde la cuenta de ahorro de la actora de Porvenir a Colpensiones, con fundamento en que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado en reiterada jurisprudencia que se debe aplicar por analogía las normas del Código Civil relacionadas a los efectos de la declaratoria de nulidad, esto es devolver las cosas al estado anterior, por lo anterior solicitó se adicione la sentencia en el sentido de que Porvenir S.A., traslade a Colpensiones los gastos de administración.

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación con fundamento en que la declaración de ineficacia en sentido estricto del traslado de régimen que realizó la demandante en su oportunidad con Protección S.A y posteriormente con Colpatria hoy Porvenir S.A., se justificó en la línea jurisprudencial en sede de casación lo adoptado en lo referente al sunto de la ineficacia del traslado, si bien dentro de las motivaciones se centra en el deber de información que le asiste a las administradoras de pensiones, señaló que se aparta de la decisión adoptada en primera instancia en primer lugar en razón a que la línea jurisprudencial no se puede dar aplicación de manera automática cuando los supuestos facticos no soportan los mismos que el caso en concreto atendido a que las sentencias que se traen a colación siguen siendo personas que son beneficiarias del régimen de transición que al momento de realizar el traslado de régimen generan una renuncia a un beneficio pensional, en este caso la actora no hizo ninguna renuncia a un beneficio pensional, por lo que se le resta importancia al formulario de afiliación

siendo la única documental que se exigía en ese momento para acreditar la asesoría que se le brindaba al afiliado.

Y a su vez COLPENSIONES por medio de su apoderado judicial interpuso recurso de apelación en relación a los gastos de administración en sustento de la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 17595 DE 2017, SL 4989 de 2018 en las que se mencionó que cuando hay ineficacia del traslado las cosas vuelven a su estado original, es decir que el Fondo no tiene porque asumir costos de seguros y demás costos de administración que han sido obtenidos por la Administradora de Fondo de Pensiones, por lo que hay lugar a la devolución de los gastos de administración.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al

régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 112 y 143 se evidencian formularios de afiliación a Protección S.A., el 2 de julio de 1998 y a Colpatria hoy Porvenir S.A., el 23 de julio de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en julio de 1998, en su lugar de trabajo un asesor del Fondo de Protección S.A., le indicó que el Seguro Social se iba a liquidar, por lo tanto se podían perder las semanas cotizadas allí y para no perder lo cotizado lo mejor

era trasladarse al fondo privado, sin que le suministrara información adicional, señaló que posteriormente se traslado a Porvenir S.A.

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, para la Sala es claro que la AFP PORVENIR debe devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Jacqueline Toro Lasso. Al respecto ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al señalar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los*

*cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

En consecuencia, se habrá de modificar el ordinal segundo de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que la condena comprende la totalidad de los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, proferido el 21 de abril de 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de señalar que la condena comprende la totalidad de los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SOL YALILE RAMIREZ LUNA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 013 2019 00783 01**

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

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por Protección S.A y Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta por parte de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de mayo de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, manifestó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la actora con los Fondos privados de pensiones es nulo, ya que obran dentro del proceso medios de prueba

documentales suficientes, lo cuales conllevan a determinar que el traslado que se realizó se llevo a cabo de manera libre y voluntaria, debido a que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información de forma clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse de régimen pensional.

A su vez PORVENIR S.A., manifestó que el traslado que realizó la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad del traslado que realizó a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colmena hoy Protección S.A., así como también el que efectuó con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que se traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a Colmena hoy Protección S.A., el 30 de marzo de 1999, sin que los asesores del fondo le brindaran una información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en cada régimen, posteriormente se traslado a Porvenir S.A., el 10 de julio de 2003.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48,49,53,58, y 150 de la Constitución Nacional, los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 33083 del 22 de noviembre de 2011, 54814 del 14 de noviembre de 2018,

47125 del 14 de noviembre de 2018, 1452 del 3 de abril de 2019 y 68838 del 8 de mayo de 2019.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

PORVENIR S.A., dio contestación como aparece de folios 83 a 96, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que la afiliación que realizó la actora con el Fondo estuvo precedida de la información suficiente y necesaria acorde con los requisitos legales vigentes para la época. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

COLPENSIONES. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folio 127, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación como aparece de folio 129, en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que se esta en presencia de un acto existente, valido exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, ya que el formulario de afiliación se realizó en forma libre y espontanea. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de la causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP.

## **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 3 de mayo de 2021, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que hiciera la demandante Sol Yalile Ramirez Luna a través de Colmena S.A., hoy Protección S.A., en marzo de 1999, por las razones antes expuestas.*

*SEGUNDO: CONDENAR a Protección S.A. y Porvenir S.A. 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, por lo expuesto precedentemente.*

*TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral de la demandante, conforme a lo antes visto.*

*CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.*

*QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Protección S.A. incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia a favor de la parte actora el equivalente a 1 SMLMV.*

*SEXTO: apélese o no esta decisión, por haber sido condenada Colpensiones y fungir la Nación como garante, remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad.*

*SEPTIMO: por secretaria, remítase copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021.*

Como fundamento de su decisión, argumentó que de conformidad con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado que la suscripción del formulario de afiliación al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos no son suficientes para dar por demostrado el cumplimiento del deber de información, así como también que la actuación viciada de traslado de régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual no se convalida por los traslados de administradoras del mismo régimen eso quiere decir que no se ratifica la decisión de cambio de régimen, posición sostenida hasta el momento sin ser modificada, aunado a ello señaló la sentencia SL 1689 de 2019, que preciso entorno a la nulidad o ineficacia del traslado que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información, clara, cierta, comprensible y oportuna de las características condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, en el cual la carga de la prueba se encuentra a favor del afiliado.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de Protección S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia proferida en primera instancia en relación al numeral segundo sobre la condena impuesta de los gastos de administración, debido a que son descuentos autorizados en la Ley 100 de 1993, y modificado por la Ley 797, por el cual se autoriza la deducción del 3% de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones, sostuvo que dicho descuento se utiliza para cubrir con los gastos de administración y pagar las primas de seguros previsionales y opera en los dos regímenes pensionales prueba de ello son los rendimientos que se ocasionaron por la buena administración del fondo.

A su vez, PORVENIR S.A., por medio de su apoderada judicial interpuso recurso de apelación con fundamento en que se esta exigiendo a las administradora de fondos de pensiones que entren a probar información otorgada para el momento del traslado con pruebas de la asesoría cuando en ese momento solo se exigía el formulario de afiliación como prueba solemne de la información que se suministró y que la actora de manera libre y voluntaria efectuó su traslado respetando de esta manera su derecho de libre elección, en razón a ello solicitó se respete la voluntad de las partes así como también se le de el valor probatorio que merece a los formularios de afiliación que suscribió la demandante, ya que es la prueba que demuestra el cumplimiento de los requisitos para dicho momento y la voluntad expresa de la afiliada.

#### **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo

dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a*

1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 97 y 129 se evidencia formulario de afiliación a Colmena hoy Protección S.A., el 30 de marzo de 1999 y posteriormente a Porvenir S.A., el 10 de julio de 2003.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el mes de marzo de 1999, en su lugar de trabajo se traslado a Colmena hoy Protección S.A., debido a la insistencia del asesor del referido Fondo el cual le indicó que las administradoras de fondos de pensiones privados le podían ofrecer una pensión anticipada, así como también que no afectaría su mesada pensional comparada con el del Instituto del Seguros

Social, en razón a ello firmo el formulario de afiliación, posteriormente se trasladó de forma horizontal a Porvenir S.A.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C.,**

**administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 3 de mayo del 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LEONET DARIO LLANES RICO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.**

**RADICADO: 11001 3105 015 2019 00242 01**

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

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir y el grado jurisdiccional de consulta por parte de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de marzo de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que no lo asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, ya que no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP se eficaz.

La apoderada de la parte demandante manifestó que al momento de la afiliación los representantes de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y posteriormente Porvenir S.A., solamente se limitaron a llenar un formato preestablecido por el mismo para dicha afiliación, sin que le suministraran información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta al actora, respecto a las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS y los beneficios así como las consecuencias negativas y específicas de abandonar el RPM.

## **I. ANTECEDENTES**

El demandante pretendió se declare la anulación por ineficacia de traslado que realizó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, y como consecuencia de las referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el 31 de octubre de 1996, señaló que como consecuencia de la publicidad y gestión realizada por los Fondos Privados de Pensiones el 18 de septiembre de 1996, se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y posteriormente realizó un traslado horizontal Porvenir S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 20, 48, 53 de la Constitución Política, los artículos 141, 106, 77, 33y 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1746 del Código Civil, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el Decreto Ley 3466 de 1982, la Ley 1480 de 2011, el artículo 25 de la Ley 1564 de 2012, el artículo 897 del Código de Comercio y la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado N°46292 del 3 de septiembre de 2014.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., dio contestación como aparece en folios 300 a 307, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que el traslado que realizó el actor a Protección y posteriormente a Porvenir, es plenamente valido, mas aun cuando el fondo no le consta las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación, declaratoria de otras excepciones.

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visibles a folios 326 a 336, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que el acto de traslado es existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de la causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos y la genérica.

PORVENIR S.A., contestó la demanda allegó con el escrito visibles a folios 374 a 336, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que la afiliación que realizó el demandante a la AFP fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, tal y como se aprecia

en la solicitud de vinculación. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 9 de marzo de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR ineficaz o traslado efectuado por el señor demandante LEONET DARIO LLANOS RICO, el día (3) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996), del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a través Administradora PROTECCION, y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a fondo PORVENIR donde actualmente se encuentra el afiliado, traslade los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual mas los rendimientos, incluidos en estos los aportes y los rendimientos, al Régimen de Prima Media a través de la administradora COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado, dada la consecuencia natural de esta ineficacia.*

*SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso.*

*TERCERO: DECLARAR no demostrada las excepciones propuestas por las partes demandadas.*

*CUARTO: Si la presente providencia no fuere impugnada, se remitirán las diligencias al Superior para que el Magistrado que corresponda así lo considere procedente las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta.*

Como fundamento de su decisión, argumentó en primer lugar la ilegalidad del traslado de la demandante con fundamento en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado 39772 del 2010, ya que no se cumplió con el periodo de permanencia mínima; así como también señaló la tesis de ineficacia del traslado de la H. Corte Suprema de Justicia por medio de la cual expone que la carga de la prueba está en cabeza del fondo, ya que el mismo tiene la obligación de acreditar que informó sobre las características de los dos regímenes, en consecuencia hay lugar a declarar la ineficacia del traslado.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia, al considerar que se desconoce que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003, por tanto no es dable que el actor se escude en una supuesta falta de información por la AFP Protección únicamente por que su plan de pensión no resulto acorde con sus aspiraciones, además de ello señaló que el traslado quedo validado con el traslado que posteriormente realizó a la AFP, la cual efectivamente dio información clara y comprensible, sin que se demuestre algún tipo de dolo como para que se declare la ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

#### **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

#### **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al

régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 345 y 396 se evidencian formularios de afiliación a Protección S.A., el 18 de septiembre de 1996 y posteriormente a Porvenir S.A., el 20 de enero de 2002,

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se establece que en su lugar de trabajo cuando un asesor de Protección le indicó que podría pensionarse de forma anticipada y en caso de que no quisiera pensionarse podría en cualquier momento retirar los recursos aportados, así como también que el Seguro Social se iba a liquidar, señaló que posteriormente se traslado a Porvenir S.A.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C.,**

**administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 9 de marzo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DORIS XIMENA ROJAS RINCON** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.**

**RADICADO: 11001 3105 019 2018 00280 01**

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

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por Colpensiones y Protección S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de junio de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que a la fecha de suscripción y firma del formulario no existían Ley 1748 de 2014, ni el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de una doble asesoría a sus afiliados, en consecuencia el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado.

A su vez el apoderado de la parte demandante manifestó que no existe prueba alguna en el expediente que acredite que al momento del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y el subsiguiente traslado ante administradoras de fondos de pensiones estas hubieran realizado una asesoría completa y comprensible a la demandante, sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen pensional y las consecuencias del traslado pensional en su momento.

Y por ultimo, la apoderada de Protección S.A., manifestó que la AFP dio cabal y estricto cumplimiento al deber de información, comoquiera que dentro del material probatorio se destaca que la demandante recibió un asesoramiento integro en relación con las características propias de cada régimen, esto se corrobora con el formulario de traslado, por lo que solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia y en consecuencia se absuelva de todas las pretensiones de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, el 18 de diciembre de 2001 y como consecuencia de la

referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 28 de febrero de 1959, informó que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 1 de enero de 1977, hasta diciembre de 1996, fecha en que se trasladó a Colfondos S.A. y posteriormente realizó un traslado horizontal Protección S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 53 y 335 de la Constitución Nacional, los artículos 1, 4, 13,97, 110, 111, 272 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1603, 1746 del Código civil, los artículos 4 y 35 del Decreto 656 de 1994, la circular 01 de 2004 del Estatuto Orgánico Financiero.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

PROTECCIÓN S.A., dio contestación como aparece de folios 104 a 114, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, resaltó que la actora ni siquiera establece cual es la naturaleza de la nulidad de que pretende. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe.

COLFONDOS S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 158 a 179, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que la AFP si brindo a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de trasladarse de régimen, en las que asesoró acerca de las características y el funcionamiento del mismo. Propuso las excepciones de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción, buena

fe, compensación, pago, saneamiento de nulidad, genérica y ausencia de vicios del consentimiento.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 8 de junio de 2021, el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora DORIS XIMENA ROJAS RINCÓN identificada C.C. N° 46.351.565, del Régimen de Prima Media con Prestación administrado por Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad administrado a través de la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONODOS S.A., realizado el día 17 de diciembre de 1996 y por ende la que efectuó con posterioridad a PROTECCION S.A., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*

*SEGUNDO : DECLARAR válidamente vinculada a la demandante DORIS XIMENA ROJAS RINCON, identificada con C.C. N° 46.351.565 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO: CONDENAR ala demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONODO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora DORIS XIMENA ROJAS RINCON, identificado con C.C. N° 46.351.565, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

*QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.*

*SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS Y PROTECCIÓN S.A y a favor de la demandante. Fíjese la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de las accionadas.*

*SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta.*

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como SL 1452, SL 1688, SL1689 de 2019, establecen el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el Régimen de Prima Media y acceder al reconocimiento de la prestación, resaltó que el simple consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación no es insuficiente.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, en consideración a que se aparta de las consideraciones del Juez primigenio, con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el único aspecto que genera ineficacia en la afiliación es cuando se presentan conductas dolosas que van en contravía del derecho de libre escogencia de los afiliados, situación que informó en el presente caso no se acreditó como se desprende de los formularios de afiliación que fueron firmados por la actora de manera libre y voluntaria y del interrogatorio de parte, adicionalmente señaló que no es dable que se condene a la AFP a la devolución de gastos de administración, ya que es un valor que se cobra al afiliado por la administración y custodia de su fondo el cual estuvo seguro durante el tiempo en que la demandante se encontraba afiliada por mas de 20 años, por lo que dicha devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa.

Y a su vez COLPENSIONES, por medio de su apoderado judicial interpuso recurso de apelación por medio del cual indicó que para la data de 1996, de acuerdo a la normatividad aplicable para esa época que la aceptación del afiliado a de trasladarse de régimen se manifestaba a través

de la firma del formulario de afiliación, lo cual señaló que en el presente caso se da a plenitud, por lo que resaltó no es razonable imponerle a las Administradoras obligaciones y soportes de afiliación no previstos en el ordenamiento vigente al momento del traslado de régimen ya que tan exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, además de ello manifestó que el Fondo no puede verse perjudicado por el contrato que se celebró entre la demandante y la AFP Colfondos en el año 1996, en consecuencia solicitó se revoque la condena impuesta en costas.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 115 y 227 se evidencia formulario de afiliación Colfondos el 17 de diciembre de 1996 y posteriormente a Protección S.A., del 1 de febrero de 2002.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en su lugar de trabajo en diciembre de 1996, asesores de Colfondos le indicaron que iba a obtener una mejor pensión debido a que el Seguro Social se iba a liquidar y por tal motivo decidió trasladarse de régimen pensional. Sostuvo que en el año 2001, se trasladó de Colfondos a Protección en razón a que la AFP tenía cesantías y pensiones voluntarias, sin que le suministrara información diferente.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora,

suministró a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 8 de junio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR TULIA VIRGINIA MORALES GARCIA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 019 2019 00085 01**

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

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por Skandia, Colpensiones y Protección S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de marzo de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

La parte demandante por medio de su apoderado judicial manifestó que en el plenario no obra prueba alguna en donde los aquí demandados demuestren o acrediten que la actora tuvo acceso a una asesoría clara, completa y veraz, con un cotejo de la información brindada de manera

expresa y con constancia de habersele informado las consecuencias, ventajas y desventajas que dichos traslado podría acarrear para ella.

Protección S.A., por medio de su apoderada judicial reiteró lo expuesto en el recurso de apelación parcial en el sentido de la devolución de la comisión de administración, teniendo en cuenta que dichos descuentos se encuentran autorizados en la Ley 100 de 1993, que faculta para realizar deducciones del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones, así como también señaló que dichos aportes generaron ganancias debido a la buena administración de la AFP.

A su vez, Porvenir S.A., por medio de su apoderada judicial manifestó que el traslado que realizó la demandante al RAIS se efectuó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación, así como también que el referido traslado reviste de validez en la medida que cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare nulo de traslado que realizó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, y los traslados posteriores a este., y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 30 de mayo de 1959, que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 26 de septiembre de 1990 hasta el 28 de febrero de 1995, señaló que el 31 de enero de 1995, fecha en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y posteriormente realizó dos traslados horizontales a Porvenir S.A. y Old Mutual hoy Skandia S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, los artículos 97 y 98 del Código General del Proceso, los artículos 1502 y 1508 del Código Civil, el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 2555 de 2010, las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N° 31989 de 2008, 46212 de 2011, 26292 de 2014.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., dio contestación como aparece en folios 85 a 97, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que en todas las etapas precontractuales efectuadas por las AFP no se encuentra probados los respectivos vicios del consentimiento como lo son el error, fuerza y dolo. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica.

OLD MUTUAL S.A., contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 114 a 130, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que la afiliación a la AFP devino del traslado entre Administradoras del RAIS, en la que la demandante de manera voluntaria, libre e informada tomo la decisión de vincularse y en consecuencia suscribió el formulario de vinculación. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda allegó con el escrito visibles a folio 195 a 205, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que se esta en presencia de un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, el cual se realizó por parte de la actora de forma libre y espontanea, solemnizándose la afiliación. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, genérica,

inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

PORVENIR S.A., contestó la demanda allegó con el escrito visibles a folio 235 a 242, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que la demandante se vinculó a la Administradora de manera libre, espontanea voluntaria y sin presiones, afiliación que se encuentra revestida de legalidad sin hallarse en ella constancia que vicie el consentimiento. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, genérica, inexistencia de algún vicio en el consentimiento, debida asesoría del fondo.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 1 de marzo de 2021, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de la señora TULIA MORALES GARCIA identificada con C.C. N°41.797.310 de Bogotá D.C., del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE FONODO DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A., identificada con NIT N° 800.138.188-1, realizado el 31 de enero de 1995 y la posterior afiliación a las AFPS PORVENIR S.A. identificada con NIT N° 800.144.331-3 realizada el día 03 de diciembre de 1998 y Skandia S.A identificada con NIT N° 800.148.514-2 realizada el día 24 de julio de 2008, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*

*SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante TULIA VIRGINIA MORALES GARCIA identificada con C.C. N° 41.797.310 de Bogotá D.C., al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, desde el 26 de septiembre de 1990, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el regimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A identificada con NIT N°800.148.514-2 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora TULIA VIRGINIA MORALES GARCIA identificado con C.C N°*

*41.797.310 de Bogotá D.C., como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

*QUINTO: Sin costas en esta instancia.*

*SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.*

Como fundamento de su decisión, señaló el precedente jurisprudencial de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en especial la sentencia con radicado 582524 de 2020, en el que manifestó que no es necesario ser beneficiario del régimen de transición para que opere la ineficacia del traslado, informó que en el deber de suministrar información al afiliado la misma debe ser clara, cierta, comprensible y oportuna de características, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensiones, por otro lado resaltó que en estos procesos la inversión de la carga de la prueba esta en favor de los afiliados, así como también que el consentimiento informado no puede ser derivado con el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia de primera instancia en lo referente a la devolución de los gastos de administración y de seguro previsional al Régimen de Prima Media, ya que los mismos no hacen parte específicamente de la cuenta de ahorro individual dado que por ley se encuentre contenido su descuento y que aplica para ambos regímenes pensionales, resaltó que la AFP puso todo el conocimiento técnico, experiencia, buena fe y voluntad en el tiempo que la accionante permaneció en el régimen de ahorro individual que han beneficiado la cuenta de ahorro de la actora con los rendimientos que se generaron, en razón a ello no pueden devolverse dichos gastos de administración porque

al hacerlo se esta causando un detrimento patrimonial en contra del Fondo y un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones así como también el seguro previsional, ya que el tercero de buena fe no puede ser perjudicado por los vicios declarados por las partes principales.

La apoderada de Old Mutual hoy Skandia., interpuso recurso de apelación específicamente en la condena devolver a Colpensiones los dineros descontados por conceptos de cuotas o gastos de administración con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, tanto en el Régimen de Prima Media como en el Régimen de Ahorro Individual existe la potestad para descontar a los afiliados un 3% del IBC el cual se va ha destinar en el RAIS financiar unos gastos de administración unas primas para los seguros de sobrevivientes e invalidez, en concordancia a ello se encuentra el artículo 36 del Decreto 692 del 1994, que trata de la distribución de las cotizaciones, señaló que la AFP actuó de buena fe dentro de toda la relación contractual que ha tenido con la demandante desde el año 2008 que se vinculó y administró en forma correcta la cuenta de ahorro individual de la actora , ahora bien resaltó que devolver dichos gastos seria desconocer la naturaleza misma de las cuotas de administración la cual no es una financiación de una pensión de vejez ,desconocer que dicha comisión es de los fondos y no de los afiliados lo que generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y un pago de lo no debido.

Y a su vez COLPENSIONES por medio de su apoderado judicial interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia en razón a que la declaratoria de ineficacia se fundamento en el deber de información por parte de las AFP al momento de la suscripción del formulario de afiliación pasando por alto que la fecha en que se realizó el traslado la normatividad aplicable para ese momento era la Ley 100 de 1993, y una de sus características era la aceptación espontanea y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, dicha aceptación se perfeccionaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual se dio en el presente caso a plenitud de acuerdo a las pruebas aportadas, resaltó que para la fecha y firma del formulario el 31

de enero de 1995, no existía la ley 1748 de 2014 ni el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación de los fondos de una doble asesoría a los afiliados, en consecuencia la información suministrada por las AFP debe ser valorada bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario, por lo que no es válido imponer a las administradoras soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico en ese momento de traslado de régimen, por lo que se desvirtúa el principio de confianza legítima, adicional a ello informó que la demandante ha permanecido en el RAIS por más de 25 años y en consecuencia solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y en consecuencia se absuelva al Fondo de las pretensiones incoadas en su contra.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas

solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

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

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

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

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

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

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del*

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 132, 206 y 243 se evidencian formularios de afiliación a Colmena S.A., hoy Protección S.A., el 31 de enero de 1995, posteriormente a Porvenir S.A., el 3 de diciembre de 1998, y a Skandia S.A., el 24 de julio de 2008.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 1995, en su lugar de trabajo un asesor de Colmena S.A hoy Protección S.A., le informó que la mejor opción era trasladarse a un fondo privado ya que el Seguro Social se iba a liquidar y por tal razón decidió firmar el formulario, posteriormente se trasladó a Porvenir S.A., y Skandia S.A., debido a que sus rendimientos mejorarían.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la

H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 1 de marzo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR RUTH ESPERANZA RAMIREZ RUEDA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.**

**RADICADO: 11001 3105 021 2019 00538 01**

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

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por Colpensiones y Protección S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de junio de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que en el presente caso no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo, así como tampoco se encuentra error sobre un

punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 20 de abril de 1963, informó que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 12 de octubre de 1995, hasta el 1 de febrero de 2002, fecha en que se trasladó a Colfondos S.A. y posteriormente realizó un traslado horizontal Protección S.A.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Política, los artículos 9,13, 14, 19 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 1328 de 2009, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado N° 31989 del 9 septiembre de 2008, 33083 del 22 de noviembre de 2011, 31314 del 6 de diciembre de 2011 y 46292 del 3 de septiembre de 2014.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 110 a 126, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que dentro del expediente no obra prueba alguna de que la actora se le hubiese hecho incurrir en error o que se este en presencia de algún vicio en el consentimiento. Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folio 139, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que se está en presencia de un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido, reconocimiento de restitución, inexistencia de la obligación y la genérica.

COLFONDOS S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folio 149, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que los asesores comerciales del Fondo brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación. Ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 1 de junio de 2021, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora RUTH ESPERANZA RAMÍREZ RUEDA al régimen de ahorro individual el 14 de diciembre de 2001, con fecha de efectividad del 01 de febrero de 2002, por intermedio de COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTIAS y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante RUTH ESPERANZA RAMIREZ RUEDA tales como: aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado. Para ello se concede el término de un (1) mes.*

*TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los gastos de administración con cargo a sus propios recursos y lo descontado de la cuenta de ahorro individual por concepto de traslado. Para ello se concede el término de un (1) mes.*

*CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*

*QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y COLFONDOS conforme a lo motivado.*

*SEXTO. COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de COLFONDOS S.A fijando como agencias en derecho al momento en que la secretaria realice la liquidación, la suma de \$1.500.000 y a favor de la parte demandante. Sin costas en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN.*

*SEPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.*

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional se generó con la voluntad del afiliado se requiere que el Fondo haya administrado una información completa, clara, oportuna sobre las condiciones específicas, ventajas y desventajas de cada régimen y que dicha información debe ser probada por los Fondos, esto de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información, de lo anterior señaló que hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó que se revoque de manera parcial la sentencia de proferida en primera instancia respecto al numeral segundo en lo que tiene que ver con el reconocimiento por parte del Fondo a favor de la demandante con destino a Colpensiones de los dineros descontados por concepto de gastos de administración durante la vinculación de la actora con la administradora, toda vez que se ha establecido que lo que corresponde a los gastos de administración descontados por la AFP como lo tendiente al reconocimiento de la prima del seguro previsional han sido conceptos reconocidos y avalados por el legislador como parte esencial del Sistema General de Pensiones, ello hace que no se pueda desconocer ese mandato

en cuando a realizar el cobro de dichos dineros, atendiendo al régimen de capitalización, ya que el concepto de gastos de administración se entiende como la compensación del afiliado frente a las administradoras, por lo que manifestó que se imparte una sentencia desproporcionada y en contravía de equilibrio judicial en las partes, ya que se está generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, aunado a ello señaló que debe aplicarse la prescripción trienal.

Y a su vez COLPENSIONES, por medio de su apoderada judicial interpuso recurso de apelación por medio del cual solicitó se revoque la sentencia de primera instancia por considerar que la declaratoria de ineficacia no cumple con los requisitos, ya que no se encontró probado que el fondo de pensiones no brindo la información, pues del interrogatorio de parte se evidencia que los fondos si le brindaron a la actora la información necesaria para trasladarse.

#### **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

#### **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al

régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 139 se evidencia formulario de afiliación a ING hoy Protección S.A., del 27 de septiembre de 2009 y posteriormente el 26 de diciembre de 2016 a Protección S.A.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 2002, ingresó a la Secretaria de Hacienda y el día de ingreso se encontraban un asesor de Colfondos S.A., que le indicó que tenía el formulario de afiliación que solo era firmarlo y podría posesionarse de forma más rápida, señaló que posteriormente se trasladó a ING y Protección S.A.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben

efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 1 de junio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA LUCIA AGUIRRE RESTREPO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.**

**RADICADO: 11001 3105 021 2020 00067 01**

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

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por Porvenir, Colpensiones y Protección S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de mayo de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio en el consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, error, fuerza, dolo, así como también señaló que al momento de la solicitud de retorno al

Régimen de Prima Media con Prestación Definida se estaba en presencia de una prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

La apoderada de la parte demandante manifestó que se puede concluir que al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual la actora desconocida las consecuencias de dicho acto- traslado, situación que no fue desvirtuada por las demandadas en especial por Protección S.A., quien pretende acreditar dicha información la manifestación genérica pre impresa en el formulario de afiliación por medio de la cual se realizó el traslado, situación que señaló fue superada mediante Sentencia SL 4360 de 2019, con radicado N° 68852 de el 9 de octubre de 2019.

A su vez Porvenir S.A., manifestó que no le asiste razón al fallador de primera instancia, ya que en el presente asunto no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento con el cambio de régimen pensional, debido a que no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

Y por ultimo Protección S.A., por medio de su apoderado judicial reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación frente a la devolución de la comisión de administración teniendo en cuenta que dichos descuentos están autorizados por la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, así como también obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, por el cual se demuestra que los aportes tuvieron ganancias , debido a que fueron debidamente administrados por el Fondo.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la ineficacia de traslado que realizó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, y posteriormente a Porvenir S.A., y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el 17 de febrero de 1999, fecha en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y posteriormente realizó un traslado horizontal Porvenir S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1,13,53 de la Constitución Política, los artículos 13, 36, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, el artículo 1603 del Código de Comercio, la Circular Externa 001 de 2004, de la Superintendencia Financiera, los artículos 2 y 23 de la Ley 797 de 2003, el Decreto 3800 de 2003, y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N° 31989 y 31314 de septiembre de 2008, 33083 del 22 de noviembre de 2011, 46292 del 3 de septiembre de 2014.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

PROTECCIÓN S.A., dio contestación como aparece en folio 82, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que el acto jurídico de traslado con el Fondo es existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y la genérica.

COLPENSIONES. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folio 90, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por faltar al deber de información por parte de la AFP o de que se esta en presencia de algún vicio en el consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad,

inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, no procedencia del pago de costas y la genérica.

PORVENIR S.A., contestó la demanda allegó con el escrito visible a folio 92, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que el traslado que realizó la actora en el año 2003, se hizo de forma libre, informada y espontanea a la AFP, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de la afiliación. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 13 de mayo de 2021, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por la señora MARTHA LUCÍA RESTREPO del régimen de ahorro individual el 17 de febrero de 2003, con fecha de efectividad a partir el 01 de abril de 1999, por intermedio de la AFP DAVIVIR hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante-aportes pensionales, cotizaciones, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados, para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARTHA LUCIA AGUIRRE RESTREPO. Para ello se concede el termino de un (1) mes.*

*TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los gastos de administración con cargo sus propios recursos y lo descontado de la cuenta de ahorro individual por concepto de traslado. Para ello se concede el termino de un (1) mes.*

*CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*

*QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado.*

*SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de PROTECCIÓN S.A., liquidense por secretaria, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES Y PORVENIR.*

*SEPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.*

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional se generó con la voluntad del afiliado se requiere que el Fondo haya administrado una información completa, clara, oportuna sobre las condiciones específicas, ventajas y desventajas de cada régimen y que dicha información debe ser probada por los Fondos, esto de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información, de lo anterior señaló que hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó que se revoque de forma parcial la sentencia proferida en primera instancia, en lo relativo a condenar al Fondo a trasladar a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración de la cuanta de ahorro de la actora, ya que dichos descuentos fueron autorizados por la misma normatividad en la época en que la demandante se afilió y estos fueron usados para que la AFP administrara los dineros de la señora Martha, por el cual se generó unos rendimientos económicos trasladados a Porvenir por voluntad de la actora, por lo que Protección tiene derecho a conservar dicha comisión como restitución mutua a su favor sin que exista alguna razón para tener que trasladársela a Colpensiones, ya que se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y la demandante por recibir una comisión que no es destinada a financiar la pensión de vejez.

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación por medio del cual solicitó se revoque de manera parcial el fallo proferido en primera instancia en la condena impuesta en el numeral primero en lo referente a la devolución de gastos de administración y gastos de representación a Colpensiones, en consideración a que si bien existe un precedente por el órgano de cierre no se debe de aplicar el precedente ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, ya que en este caso la demandante realizó varios traslados de forma horizontal y por tanto no es factible realizar dicha devolución de gastos de administración de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina el 3 por ciento de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, por lo que dichos gastos no forman parte de la pensión de vejez, por los que ellos están sujetos a la prescripción. Resaltó que la Superintendencia Financiera de Colombia en el Concepto del 17 de enero de 2020, indico en forma expresa que en los eventos que proceda la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta individual del afiliado.

Y a su vez COLPENSIONES por medio de su apoderada judicial interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia con fundamento en que existe una indebida valoración probatoria, toda vez que dentro del proceso se evidenció que efectivamente existente confesión por parte de la demandante, ya que cumple con cada uno de los requisitos del artículo 91 del Código General del Proceso, esto es que la actora es la única persona que pudo acreditar dentro del proceso la asesoría brindada por cada una de las AFP, lo cierto es que la misma puede parcializarse con el fin de buscar una ventaja dentro del proceso, por lo tanto las aseveraciones de la parte únicamente se podían valorar cuando constituyeran una confesión, se puede acreditar que se brindo información por parte de los asesores y dicha información se debe entender bajo el principio de la buena fe por parte de cada un de los fondos pensionales privados.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 82 y 90 se evidencian formularios de afiliación a Davivir hoy Protección S.A., el 17 de febrero de 1999, a Porvenir S.A., el 9 de junio de 2003, y a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., el 16 de junio de 2006.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 1999, se encontraba en su lugar de trabajo cuando un asesor de un fondo privado le indicó que podría pensionarse de forma anticipada y en caso de que no quisiera pensionarse podría en cualquier momento retirar los recursos aportados, así como también que el Seguro Social se iba a liquidar y la única forma de recuperar los recursos que se encontraban en dicha entidad era trasladándose al Fondo, señaló que posteriormente se traslado a Porvenir S.A.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 13 de mayo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY  
MAGISTRADO PONENTE**

**PROCESO DE DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO SINDICAL- (APELACIÓN SENTENCIA) PROMOVIDO POR BANCOLOMBIA S.A. contra la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPLEADOS BANCARIOS Y DEL SECTOR FINANCIERO -ACEBYSF-**

**EXPEDIENTE N° 11001 3105 023 2019 00193 01**

Bogotá D. C., veintidós (22) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, resuelve el recurso de apelación promovido por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 16 de febrero de 2021.

La parte actora al promover su demanda pretende:

*Que se declare que la organización sindical Asociación Colombiana de Empleados Bancarios del Sector Financiero -ACEBYSF-, es el resultado del abuso del derecho de asociación por parte de sus afiliados.*

*Que se declare que la organización sindical Asociación Colombiana de Empleados Bancarios del Sector Financiero -ACEBYSF-, es el resultado del abuso del derecho de asociación por parte de sus afiliados y es realmente una simulación o engaño por parte de sus fundadores, para generar fueron sindicales para estos,*

*Que se declare la ilegalidad y/o nulidad de la creación y registro sindical de la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios y del Sector Financiero – ASACEBYSF por conformarse con abuso del derecho de asociación sindical,*

*Que se envíe a Archivo Sindical del Ministerio del Trabajo la sentencia que declare la ilegalidad y/o nulidad del registro sindical de la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios y del Sector Financiero – ASACEBYSF, que se dicte en el presente proceso.*

*Que se oficie al Ministerio de Trabajo para que proceda con la cancelación del registro sindical de la organización sindical Asociación Colombiana de Empleados Bancarios y del Sector Financiero – ASACEBYSF.*

Lo hechos en que se fundamentan esas pretensiones se sintetizan así: El 23 de abril de 2018 la entidad demandante recibió la comunicación por medio de la cual se notifica la nueva Junta Directiva Seccional de la Organización Sindical denominada ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS DEL SECTOR FINANCIERO, COOPERATIVO, DE SEGUROS Y DE LOS FONDOS DE AHORRO, VIVIENDA Y PENSIONES - ANESFICOF- en la cual dice que sus directivos son trabajadores de BANCOLOMBIA y “son empleados reconocidos líderes sindicales y afiliados a otros sindicatos tradicionales”; señala que en el “corto periodo de 9 meses se han fundado al interior del Banco, múltiples sindicatos por parte de similares fundadores”, incluido el Sindicato demandado; sostiene que por esa situación el Banco ordenó una investigación sobre la legalidad de esas organizaciones sindicales y con “las pruebas

*encontradas y hechos registrados acreditaron que Acebysf es el resultado del abuso del derecho de asociación”. En el hecho “Décimo Sexto” de la demanda (fls. 332 y 333 se relacionan los nombres de los veinticinco (25) trabajadores del Banco demandante que participaron en la fundación del Sindicato demandado.*

### **REPUESTA DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL DEMANDADA**

En la contestación de la demanda incorporada a folios 299 a 321, la Organización Sindical accionada se opuso a las pretensiones, negó los hechos que las fundamentan, manifestó que el sindicato fue creado conforme a la ley, sin que el hecho de que la notificación de la junta directiva de una organización diferente tenga injerencia en la legalidad de la creación de la asociación sindical que se cita al proceso como demandada.

Propuso la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia al señalar que por corresponder el objeto del litigio a la legalidad en la fundación de una organización o asociación no se encuentra entre los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción Laboral Ordinaria y consideró entonces que la competencia para definir el asunto la tiene la Jurisdicción Civil; dijo formular la excepción para evitar una sentencia inhibitoria o la configuración de un vicio de nulidad al momento de proferirse la sentencia; como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de fundamentos jurídicos de las pretensiones e inexistencia de falta o quebrantamiento de la ley.

Posteriormente el apoderado de la Organización Sindical demandada allegó el escrito de folios 378 a 381, en el que reformó la contestación de la demanda para suprimir la excepción previa inicialmente propuesta.

## **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el 16 de febrero de 2021, en el siguiente sentido:

*“PRIMERO: ABSOLVER a la organización sindical denominada ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPLEADOS BANCARIOS Y DEL SECTOR FINANCIERO – ACEBYSF -, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por BANCOLOMBIA S.A., conforme a las consideraciones expuestas.  
SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante.”*

La decisión anterior se sustentó, en síntesis, en que no se encontró probada ninguna de las causales de disolución y liquidación de la organización sindical, para lo cual el Juzgado tomo como punto de partida el convenio 87 de la OIT aprobado por Colombia, haciendo una reseña particular de los artículos 2, 3, y 4 del mismo, referidos al derecho de asociación y la libertad de afiliación, al derecho de los sindicatos de organizarse y adoptar sus propios estatutos, a la garantía de no ser disueltos sino por sentencia judicial; principios que fueron recogidos por nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 39 entre otros y en el ordenamiento legal en los artículos 353 y s.s. del C.S.T., 38 y s.s. de la Ley 50 de 1990 y por artículo 1º de la Ley 584 de 2000; destacando que desapareció la prohibición legal de la multifiliación a partir de la sentencia C- 797 de 2000 y que no se encontró probada ninguna de las causales de disolución de las previstas en el artículo 401 del C.S.T.

Bajo las anteriores premisas normativas el juzgado de conocimiento encontró que la creación de la organización sindical demandada nació como un sindicato de industria, con el número requerido de afiliados y acatando los requisitos de ley para su funcionamiento, recordando que no se presentó ninguna de las causales previstas en la ley para su disolución, advirtiendo que no está prohibido pertenecer a varias organizaciones sindicales, que además de no encontrar sustento a la figura de la simulación invocada por la entidad demandante, no se acreditó el aprovechamiento indebido de los fueros sindicales.

Al realizar la valoración probatoria, el juez de conocimiento encontró que, si bien el representante legal del sindicato había sido confuso en algunas de sus respuestas, tal hecho no afectaba la creación y la existencia del sindicato; como no lo hace el hecho de la coincidencia en los formatos utilizados, en los errores comunes que se cometieron, en la coincidencia con el domicilio de otras organizaciones, en la coincidencia del restaurante en que se reunieron; para concluir que: La creación del sindicato demandado se ajusta a la ley, reunió el número mínimo de trabajadores para conformar un sindicato de industria, no se demostró el abuso del derecho ni que se hubiera originado un carrusel de fueros; razones por las que absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas.

### **RECURSO DE APELACION**

Formulado por la parte actora, pretende que se revoque la sentencia de primera instancia, con fundamento en síntesis en lo siguiente:

Considera que la decisión impugnada desconoce el mandato del artículo 167 del C.G.P., indicando que las afirmaciones indefinidas desplazaban la carga probatoria a la organización sindical, en el sentido de demostrar las actuaciones surtidas en favor de sus afiliados. Agrega la recurrente que se debieron aplicar los efectos previstos en el artículo 205 del C.G.P. declarando confeso al representante legal del sindicato en cuanto no dio respuesta satisfactoria a los cuestionamientos formulados, con lo cual quedaba demostrada la inactividad de la organización respecto a los trabajadores afiliados de Bancolombia.

Reafirma que la teoría de la simulación en la creación de la organización sindical para generar fueros, sin que aparezca probado el cumplimiento de su objeto materializado en la presentación de pliegos, celebración de convenciones colectivas de trabajo o reclamaciones que justificaran su existencia; lo que en su sentir evidencia que el objetivo fue la generación de fueros ante la ausencia de actividad en favor de sus afiliados.

### **CONSIDERACIONES**

La petición de la actora se traduce en que judicialmente se declare la disolución de la organización sindical, se ordene su liquidación y consecuentemente se cancele su inscripción en el registro sindical.

La naturaleza de la pretensión es sancionatoria y en consecuencia es obligado remitirse al régimen legal previsto para su aplicación, para lo cual se hacen las siguientes precisiones:

A partir de las garantías previstas en el Convenio 87 de la O.I.T., cuya aprobación por Colombia lo incorpora al bloque de constitucionalidad, se han producido precisiones importantes en la regulación de las organizaciones sindicales, contenidas entre otras en las sentencias C- 797-2000, C-465-2008 y C-201 -2014.

La C-797 -2000 en lo que interesa al objeto de este proceso, enunció, en síntesis:

*Considera la Corte que la libertad sindical comporta: i) el derecho de todos los trabajadores, sin discriminación ni distinción alguna, para agruparse a través de la constitución de organizaciones permanentes que los identifican como grupos con intereses comunes, y cuya defensa propugnan. Este derecho implica la libertad tanto para afiliarse como para retirarse de dichas organizaciones; ii) la facultad de constituir y organizar estructural y funcionalmente las referidas organizaciones y conformarlas automáticamente como personas jurídicas, sin la injerencia, intervención o restricción del Estado; iii) el poder de las organizaciones de trabajadores de determinar: el objeto de la organización, condiciones de admisión, permanencia, retiro o exclusión de sus miembros, régimen disciplinario interno, órganos de gobierno y representación, constitución y manejo del patrimonio, causales de disolución y liquidación, procedimiento liquidatorio, y otros aspectos que atañen con su estructura, organización y funcionamiento, que deben ser, en principio, libremente convenidos por los miembros de las asociaciones sindicales al darse sus propios estatutos o reformarlos, salvo las limitaciones que válidamente pueda imponer el legislador conforme al inciso 2 del art. 39; iv) La facultad de las asociaciones sindicales para formular las reglas relativas a la organización de su administración, así como las políticas, planes y programas de acción que mejor convengan a sus intereses, con la señalada limitación; v) la garantía de que las organizaciones de trabajadores no están sujetas a que la cancelación o la suspensión de la personería jurídica sea ordenada por la autoridad administrativa, sino por vía judicial; vi) el derecho de las organizaciones sindicales para constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones nacionales e internacionales; vii) la inhibición, para las autoridades públicas, incluyendo al legislador, de adoptar regulaciones, decisiones o adelantar acciones que tiendan a obstaculizar el disfrute del derecho a la libertad sindical.*

*El artículo 39 dispuso que el reconocimiento jurídico de la organización sindical se produce con la simple acta de su constitución, es decir, en forma automática, y según lo establecido en los artículos 5, 6, 7, del Convenio 87 de la O.I.T., las organizaciones de los trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, sin necesidad de que el Estado otorgue el reconocimiento de personería jurídica.*

*Además, es cuestión que pertenece al ámbito de la reglamentación estatutaria el determinar lo relativo a la conformación de las directivas de las federaciones y confederaciones sindicales y al carácter de éstas; es decir, su carácter de provisional o definitivo. No le es dable al legislador, por consiguiente, expedir*

*reglamentaciones como las contenidas en la norma acusada, que conciernen con materias que pertenecen al núcleo esencial del derecho de libertad sindical.*

En la C- 201 de 2002, se dejó sentado lo siguiente:

*El artículo 39 de la Constitución, así como el instrumento citado, consagran el principio de autonomía sindical o de no intervención del Estado en los asuntos propios de dichas organizaciones, según el cual éstas pueden constituirse sin injerencia o autorización previa, así como redactar sus estatutos y reglamentos, sin más limitaciones que el orden legal y los principios democráticos. De igual forma, se concluye que un sindicato nace a la vida jurídica desde el momento mismo de su fundación. Sin embargo, lo anterior no significa que los derechos fundamentales de asociación y de libertad sindical sean de carácter absoluto. Por el contrario, son relativos y, en consecuencia, pueden sufrir restricciones por parte del legislador, siempre y cuando no se vulnere su núcleo esencial.*

*Corresponde al legislador “la responsabilidad de establecer, por medio de la ley, los preceptos que desarrollen la garantía de la libertad sindical en aspectos tales como el número de trabajadores que se requieren para constituir una organización sindical, el domicilio, estatutos, número de representantes y sus fueros, etc., es decir, en aspectos que permitan la realización plena del derecho de asociación sindical y la efectividad de su ejercicio.” No obstante lo anterior, la Corte hace énfasis en que el marco regulatorio expedido por el legislador debe respetar la autonomía de que gozan los sindicatos para establecer sus reglamentos, los requisitos de admisión de afiliados y su forma de gestión administrativa y financiera, en desarrollo del principio de no injerencia del Estado en el funcionamiento de tales organizaciones.*

En la C-465-2008 se dejó sentado lo siguiente:

*De acuerdo con el principio de la autonomía sindical es el sindicato el que decide quiénes son sus dirigentes. La administración no puede negarse a inscribir a los miembros de la junta directiva que han sido nombrados con el cumplimiento de los requisitos exigidos. Ello constituiría una injerencia indebida de la administración en la vida interna de las organizaciones sindicales. Si el Ministerio – o el empleador – considera que una persona no puede ocupar un cargo de dirección en un sindicato debe acudir a la justicia laboral para que sea ella la que decida sobre el punto.*

*La exigencia de informar al Ministerio de la Protección Social y a los empleadores acerca de los cambios efectuados en las juntas directivas de los sindicatos tiene por fin dar publicidad a las decisiones tomadas dentro de la organización, de tal manera que ellas sean oponibles ante terceros y que los actos que realicen esos dirigentes puedan obligar al sindicato. La comunicación no es un requisito de validez sino de oponibilidad ante terceros.*

Por su parte, en el artículo 401 del C.S.T. se establecen las causales de disolución de una organización sindical:

**ARTICULO 401. CASOS DE DISOLUCION.** *Un sindicato o una federación o confederación de sindicatos solamente se disuelve:*

*a) Por cumplirse cualquiera de los eventos previstos en los estatutos para este efecto;*

*b) Por acuerdo, cuando menos, de las dos terceras (2/3) partes de los miembros de la organización, adoptado en asamblea general y acreditado con las firmas de los asistentes;*

*c) Por sentencia judicial, y*

*d) Por reducción de los afiliados a un número inferior a veinticinco (25), cuando se trate de sindicatos de trabajadores.*

*e) <Ordinal adicionado por el artículo 56 de la Ley 50 de 1990.> En el evento de que el sindicato, federación o confederación se encontrare incurso en una de las causales de disolución, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o quien demuestre tener interés jurídico, podrá solicitar ante el juez laboral respectivo, la disolución y la liquidación del sindicato y la cancelación de la inscripción en el registro sindical. Al efecto se seguirá en lo pertinente el procedimiento previsto en el artículo 380 de esta ley.*

Con fundamento en los precedentes y marcos normativos citados, la organización sindical demandada adquirió existencia y personalidad jurídica a partir del acto de su fundación; requisitos que acreditados ante el Ministerio del Trabajo dieron lugar a su inscripción en el registro sindical, a partir del cual son oponibles a terceros todas sus actuaciones; lo que supone el cumplimiento de los requisitos que establece la ley para su existencia y funcionamiento.

El argumento que propone la demandante para sustentar sus pretensiones, propone que existió una simulación de los actos de creación de la organización sindical, resultado del abuso del derecho de asociación, con el único propósito de generar fueros sindicales para sus afiliados. Como sustento factico cita que en la empresa ya funciona un sindicato de industria, que el domicilio de este sindicato coincide con el de la organización demandada, que los teléfonos son los mismos, que el correo de contacto es el mismo, que representan a los mismos trabajadores

ante Bancolombia, que la fundación de ambos sindicatos obedece a los mismos promotores, que el lugar de fundación es el mismo restaurante, que el modelo de estatutos es el mismo al punto que coinciden en los errores ortográficos.

Se advierte que los anteriores hechos expuestos en la demanda, no configuran el supuesto factico de alguna de las causales de disolución previstas en el artículo 401 del C.S.T. Si en gracia de discusión se tomara la teoría del abuso del derecho para originar amparos forales como lo afirma la recurrente, la única manera de verificar su tesis, es el momento en que tales amparos forales se hagan valer de manera individual, pues debe recordarse que el objetivo principal de la garantía es la protección del derecho de asociación.

La demostración de actividad sindical, cuya prueba se pretende a cargo de la demandada en virtud del artículo 167 del C.G.P, no tiene sustento alguno, pues los trabajadores y sus organizaciones sindicales pueden escoger y determinar a través de quien se ejercen acciones colectivas como las de presentar pliegos de peticiones, provocar conflictos colectivos de trabajo, firmar convenciones colectivas entre otras; sin que la inactividad frente a estas acciones este prevista como una causal de disolución de la organización sindical.

Adicionalmente lo que consagra la carga dinámica de la prueba, es la asunción de aportarla por quien este en mejor condición de hacerlo, sin que la disposición se traduzca en que se exonera de tal obligación a quien pretende la declaratoria de

disolución de una organización sindical, con el solo hecho de afirmar que la misma jamás ha actuado en representación de sus afiliados. Por el contrario, aquí aplica la regla general de que quien invoca la causal de disolución debe acreditar el supuesto de hecho previsto para su configuración.

Todo lo anterior sin perjuicio de que en casos como los citados en la jurisprudencia traída por la parte actora, cuando se presenten situaciones individuales, en que con ocasión del fuero sindical quede en evidencia que fue obtenido para fines distintos al de protección al derecho de asociación, así se declare y no se de reconocimiento a la garantía foral obtenida ilegítimamente.

Bajo las premisas anteriores, ante la ausencia de una causa legal de disolución de la organización sindical se confirmará la sentencia impugnada.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: Confirmar** la sentencia emitida el 16 de febrero de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso sumario de disolución promovido por **BANCOLOMBIA S.A.** contra la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPLEADOS BANCARIOS Y DEL SECTOR FINANCIERO – ACEBYSF-.**

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARIENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARMEN MARIA AMPUDIA ARENAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 027 2019 00188 01**

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

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Porvenir S.A., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de abril de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que no obra prueba alguna que

demuestre que se este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), así como tampoco se esta en un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y las AFP.

A su vez, PORVENIR S.A., manifestó que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de ningún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, ya que no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

La parte demandante por medio de su apoderado judicial manifestó que en el desarrollo del proceso se pudo establecer claramente que el asesor comercial de la AFP PORVENIR para el momento del traslado no ofreció a la actora la información necesario para que contara con elementos de juicio, claros y objetivos, por lo que solicitó se confirme en todas y cada una de sus parte la sentencia proferida.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 30 de abril de 1961, que se afilió al Sistema General de Pensiones con el ISS hoy Colpensiones, desde el 1 de febrero de 1986, y en el año 1998, decidió trasladarse a la AFP Porvenir S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó el Decreto 3800 de 2003, el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, los artículos 1509, 1603 y 1746 del Código

Civil, los artículos 48 y 335 de la Constitución Política y los artículos 59 y siguiente de la Ley 100 de 1993.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 83 a 101, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta del deber de información). Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada

PORVENIR S.A., realizó contestación a la demanda mediante escrito visibles a folios 121 a 142, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la afiliación de la actora con la AFP fue producto de una decisión libre de presiones o engaños. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

## III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de abril de 2021, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora CARMEN MARÍA AMPUDIA ARENAS del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por LA ADMINISTRADORA DE FONODOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CARMEN MARIA AMPUDIA ARENAS como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado a recibir los dineros trasladados por la AFP PORVENIR, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS. Las excepciones formuladas por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR.*

*QUINTO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR S.A en la suma de \$850.000 como agencias en derecho. No condenar en costas a Colpensiones toda vez que quien dio lugar al inicio de este proceso fue Porvenir S.A.*

Como fundamento de su decisión, que acoge el criterio jurisprudencial dispuesto y reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencias SL 1688 DE 2019, SL 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, por medio de las cuales la Corte ha definido de manera expresa que las sanciones impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad del traslado, lo cual fundamento en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 13 del Código Sustantivo del trabajo y el artículo 53 de la Constitución Política, por lo que no es necesario probar la existencia de un vicio en el consentimiento, aunado a ello señaló respecto de la carga probatoria en este tipo de procesos se ha manifestado que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se traslado al RAIS esto equivale a un supuesto negativo que no puede acreditarse por quien lo invoca por lo que se debe invertir la carga probatoria a los fondos de pensiones.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación en razón a que la demandante ya se encontraba inmersa la prohibición legal de trasladarse de régimen, así como también que no se acreditó los vicios del consentimiento y respecto de la carga de la prueba no existe prueba que permita acreditar si existió o no existió algún vicio del consentimiento entendido este como el deber de información, resaltó que hay una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil.

A su vez PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia al considerar

que si bien existe un precedente por el órgano de cierre bajo los argumentos que expuesto el Tribunal en diferentes salas no se debe aplicar el precedente de manera objetiva debido a que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, es decir que no le asiste razón al fallador de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado con base en la falta de información cuando no le era obligatoria a la AFP en suministrar dicha información, teniendo en cuenta la Circular N°19 de 1998 emitida por la Superintendencia financiera de Colombia la cual tenía como única exigencia que el afiliado expresara su voluntad de trasladarse con el correspondiente formulario, así las cosas en el presente caso se da el fenómeno del artículo 1752 y siguientes del Código Civil relativos al saneamiento del consentimiento por la ratificación al permanecer en el Fondo.

Aunado a lo anterior, señaló que no es factible ordenar devolver los gastos de administración de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también el Régimen de Prima Media se destina el 3% de las cotizaciones a financiar los gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivencia, ya que dichos gastos de administración no forman parte de la pensión de vejez ya que están sujetos a la prescripción, resaltó el Concepto del año 2020 de la Superintendencia de Financiera que indicó que en los eventos de proceder la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguros previsional y tampoco la comisión de administración.

## V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo

dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a*

1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 144 se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 24 de agosto de 1998.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 1998, en su lugar de trabajo se acercó un asesor de Porvenir S.A., que le indicó que el Seguro Social estaba en proceso de liquidación y que el Fondo privado le daría unos beneficios por el cual podría pensionarse de manera anticipada, la mesada pensional sería mucho mejor y en caso de muerte su familia podía recibir los ahorros del fondo pensional y por tal razón llenó el formulario de afiliación.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de abril de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

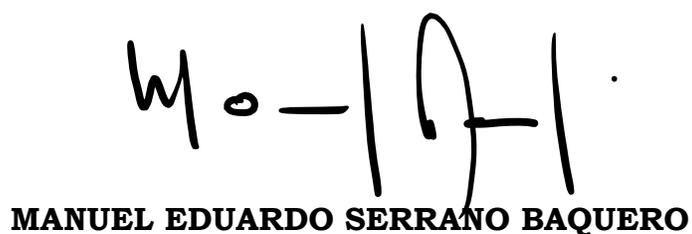
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ANA MARIA DE LOS ANGELES JIMENEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 027 2019 00448 01**

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

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colfondos S.A., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de abril de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que la demandante no hizo uso de los

derechos de los afiliados, esto es, el retracto, así como tampoco en el presente asunto no se incurre en un vicio del consentimiento, ya que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la actora y la AFP.

La parte demandante por medio de su apoderado judicial manifestó que quedo debidamente probado en el proceso que la información suministrada por la AFP Colfondos S.A., se limitó a parcializar dicha información, ya que resaltó aspectos del Fondo, sin referir aspectos importantes como lo es la diferencia entre uno y otro régimen pensional o las ventajas y desventajas de los mismos, razón por la cual solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 2 de noviembre de 1963, que se afilió al Sistema General de Pensiones con el ISS hoy Colpensiones, desde el 20 de enero de 1986, hasta el 31 de diciembre de 1994, el 14 de septiembre de 1994, se trasladó a la AFP Colfondos S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 53 de la Constitución Nacional, el Decreto 6636 de 1193, la Ley 795 de 2003, los decretos 2241 y 2555 de 2010, las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N° 31314 del 9 de septiembre de 2008, 33083 del 22 de noviembre de 2011, 14136 del 2014, 19447 de 2017, 4964 de 2018 y 4989 de 2018.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 129 a 144, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que no obra prueba alguna de que la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por faltar al deber de información por parte de la AFP, o de que se este en presencia de algún vicio en el consentimiento. Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia de pago de costas y la genérica.

COLFONDOS S.A., realizó contestación a la demanda mediante escrito visible a folio 157, en el que se allanó a las pretensiones de la demanda al considerar que para la fecha de la afiliación de la parte actora las asesorías se realizaban de manera verbal, por lo que no se cuenta con soportes físicos de la asesoría, por lo que atendiendo al deseo de la parte demandante de pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación solicitó se de aplicación al inciso tercero del artículo 98 del Código General del Proceso.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 29 de abril de 2021, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora ANA MARIA DE LOS ANGELES JIMENEZ SANCHEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ANA MARIA DE LOS ANGELES JIMINEZ SANCHEZ como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada la*

*señora ANA MARIA DE LOS ANGELES JIMENEZ SANCHEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por la AFP COLFONDOS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD y saneamiento de la nulidad alegada.*

*QUINTO: CONDENAR a la demandada AFP COLDFONDOS S.A en la suma de \$850.000 como agencias en derecho. No condenar en costas a COLPENSIONES.*

Como fundamento de su decisión, que acoge el criterio jurisprudencial dispuesto y reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencias SL 1688 DE 2019, SL 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, por medio de las cuales la Corte ha definido de manera expresa que las sanciones impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad del traslado, lo cual fundamento en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 13 del Código Sustantivo del trabajo y el artículo 53 de la Constitución Política, por lo que no es necesario probar la existencia de un vicio en el consentimiento, aunado a ello señaló respecto de la carga probatoria en este tipo de procesos se ha manifestado que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se traslado al RAIS esto equivale a un supuesto negativo que no puede acreditarse por quien lo invoca por lo que se debe invertir la carga probatoria a los fondos de pensiones.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación con fundamento en que los argumentos esgrimidos en la sentencia no tuvieron en cuenta las reglas aplicables a las relaciones contractuales adquiridas por la demandante, toda vez que las obligaciones legales y contractuales que tienen los trabajadores conforme al Decreto 2241 de 2010, el silencio del consumidor financiero en el tiempo por una falta adecuada atención y revisión de los contratos desarrollados dentro del proceso, sostuvo que hay que tener que al momento del traslado no era exigible documentación externa mas allá de la que se firmo en dicho momento, aunado ella Colpensiones es un tercero en el negocio jurídico y

no puede verse afectada en asumir la carga prestacional de la demandante, ya que se genera una afectación en la estabilidad financiera.

A su vez COLFONDOS S.A, interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida en primera instancia, en relación a la condena de devolver los gastos de administración, comisiones por administración, con fundamento en que dichos gastos de administración se realizan conforme una consagración legal, los cuales no ingresan o no hacen parte de la financiación de la pensión a la que hubiese accedido la demandante, ya que los mismos son destinados a unos terceros como es la adquisición de una póliza de seguro previsional, así como también señaló que son descuentos de tracto sucesivo por lo que se debe aplicar la prescripción.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas

solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

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

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

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

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

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

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del*

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en razón a un nombramiento en una entidad pública el 14 de septiembre de 1994, el área de recursos humanos de la compañía realizó una invitación para escuchar a unos asesores de los fondos privados en donde le indicaron que el Instituto del Seguro Social tenía problemas financieros y se va a liquidar. Sostuvo que un asesor de Colfondos se acercó a su puesto de trabajo el cual llenó el formulario y ella solo lo firmó.

Así las cosas, de los medios probatorios arrojados al plenario no se observa documento alguno que demuestre que el fondo de pensiones suministró a la posible afiliada las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de abril de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARMEN AMALIA CAMACHO SANABRIA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y COLFONDOS S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 029 2019 00785 01**

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

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de marzo de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que obran dentro del presente proceso

medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado que realizó la actora al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse de régimen pensional.

A su vez Porvenir S.A., manifestó que el Juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales no exigían una información en los términos reclamados en la demanda.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la ineficacia de traslado que realizó a Colmena S.A hoy Protección S.A., y posteriormente a Colfondos S.A., y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 5 de marzo de 1991 hasta el 31 de julio de 1996, fecha en la que se trasladó a la Administradora a Colmena S.A., hoy Protección S.A., sin que los asesores de dicho fondo le suministraran información veraz y oportuna y posteriormente realizó traslados horizontales a Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 25, 13,48, 53, 58, 335 de la Constitución Política, el artículo 127 del Código Sustantivo del trabajo, los artículos 11 y 288 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1603 del Código Civil, el Decreto 656 de 1994, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado N° 31989 de septiembre de 2008, 313114 de septiembre de 2008, 68852, 33083 del 22 de noviembre de 2011.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLFONDOS S.A., dio contestación como aparece en folios 112 a 126, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que la AFP brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, ratificación de la afiliación, prescripción de la acción, compensación y pago.

COLPENSIONES. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 131 a 137, se opuso a todas las pretensiones con fundamento en que la demandante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen lo cual demuestra, ya que la afiliada era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A., contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 163 a 182, se opuso a todas las pretensiones con fundamento en

que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS, resaltó que no es posible solicitar la ineficacia invocando requisitos que no existían a cargo de la AFP para la fecha del traslado. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido, buena fe.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 23 de marzo de 2021, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciera la señora CARMEN AMALIA CAMACHO SANABRIA identificada con la C.C. N° 51.786.907, ante la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., (antes Colmena S.A.) el día 16 de julio de 1996, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante CARMEN AMALIA CAMACHO SANABRIA, por concepto de cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*

*TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*

*CUARTO: SIN CONDENA en costas.*

*QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.*

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 hasta la actualidad mediante la cual ha fijado reglas que se cumplen desde esa

época, las cuales señaló consisten en el deber de información que se tenía al momento de trasladarse la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, información que debía ser suministrada por el fondo al que se trasladó la demandante, así como también la carga de la prueba esta a cargo de los fondos de pensiones que deben demostrar que efectivamente se cumplió con el deber de información y que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es prueba suficiente de ese consentimiento informado.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación parcial en contra del numeral tercero por cuando ordenó a Colpensiones a recibir de las administradoras de fondos cotizaciones y rendimientos, toda vez que en el presente caso atiende también que hay lugar al reintegro de los gastos de administración en consecuencia solicitó ordenar a las administradoras de fondos privados la devolución de gastos de administración en atención a lo dispuesto por reiteradas sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral en especial la sentencia SL3464 de 2019.

#### **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes

jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

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

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

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

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

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

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

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

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y*

*desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 21, 38 y 138 se evidencian formularios de afiliación a Colmena S.A., hoy Protección S.A., el 16 de

julio de 1996, a Porvenir S.A., el 25 de septiembre de 2001, y a Colfondos S.A., el 22 de septiembre de 2006.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 1996, por una directriz por recursos humanos en su lugar de trabajo le hicieron llegar el formulario de afiliación el cual firmó, señaló que por una presión de los medios y la información que circulaba era que el Seguro Social se iba a liquidar y que debían migrar a fondos de pensiones privados, posteriormente realizó traslados horizontales.

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, para la Sala es claro que la AFP COLFONDOS S.A., debe devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Carmen Amelia Camacho. Al respecto ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al señalar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

En consecuencia, se habrá de modificar los numerales segundo y tercero de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que la condena comprende la totalidad de los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, proferido el 23 de marzo de 2021, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de señalar que la condena comprende la totalidad de los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas

adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSE JAVIER GITALDO ARAQUE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 032 2019 00674 01**

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

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Protección S.A., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de noviembre de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PROTECCIÓN S.A., manifestó que no procede en este caso concreto la devolución de la comisión de administración y lo descontado para las

primas del seguro previsional, teniendo en cuenta que la comisión de administración y la prima del seguro previsional son descuentos autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que faculta o autoriza a las AFP para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones.

COLPENSIONES., por medio de su apoderado judicial manifestó que que no es procedente que se declare la nulidad del traslado, debido a que las pruebas arrimadas al proceso evidencian que el accionante se encuentra afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente el formulario de afiliación a Protección, además de ello señaló que no se acredita los requisitos exigidos en la norma Ley 797 de 2003.

## **I. ANTECEDENTES**

El demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó al Fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A, el 28 de noviembre de 1994 y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 6 de agosto de 1958, que se afilió al Sistema General de Pensiones con el ISS hoy Colpensiones, desde el mes de noviembre de 1976, hasta 1994, año en el cual se trasladó a la AFP Protección S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48,49,53, 58,83, 150,271 y 335, los artículos 3, 11,13, 21, 31, 60, 90,91,97, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 2 de la Ley 1748 de 2014, el artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, la circulares 09 de 2014 y 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, los artículos 4,5,14 y 15 del Decreto 656 de 1994, los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, los artículos 13, 60,61,145 y 340 del Código Sustantivo del trabajo, los artículos 3,9 y 11 de la Ley 1328 de 2009, los artículos 2,3,5 y 7 del Decreto 2241, el artículo 3 del Decreto

2071 de 2015 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N° 1452 de 2019, 4964 de 2018, 4689 de 2018, 19447 de 2017, 17595 de 2017, 12136 de 2014, 33083 de 2011, 31989 de 2008 y 21214 de 2008.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 101 a 117, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que las pretensiones de la demanda carecen de fundamento factico, ya que al demandante no le asiste el derecho que invoca, debido a que se evidencia de acuerdo a los medios probatorios arrimados al proceso que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a Protección S.A. Propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicio el consentimiento, buena fe, prescripción, genérica, prescripción, presunción de legalidad, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir.

PROTECCIÓN S.A., realizó contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 131 a 140, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el acto jurídico de afiliación es existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, genérica, inexistencia de la obligación, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP.

## **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 18 de noviembre de 2020, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.*

*SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen efectuado por el demandante JOSÉ JAVIER GIRALDO ARAQUE a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., de fecha 28 de noviembre de 1994.*

*TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A., a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, incluyendo lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales y los rendimientos que hayan generado sus aportes.*

*CUARTO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recibir al demandante JOSÉ JAVIER GIRALDO ARAQUE como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.*

*QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A y a favor del demandante, tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (2) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES.*

*SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.*

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado desde el año 2008, con sentencia 31989 que existe un deber de información en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensiones cuando no se ha demostrado la suficiente información al afiliado o el consentimiento informado procede la declaratoria de ineficacia exigiendo que la carga de la prueba de esa información brindada al afiliado esta en cabeza de los fondos de pensiones quienes deben acreditar que informaron de manera clara y veraz sobre las ventajas y desventajas a los posibles afiliados y todas aquellas situaciones que tuvieran incidencia sobre el derecho fundamental a la pensión.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación en relación al numeral tercero en cuanto a la condena de devolución de comisión de administración a la AFP, con fundamento en que se debe tener en cuenta que la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual del

demandante para este concepto se realizó de conformidad con un disposición válida, exigible y vigente, ya que se trata de comisiones ya canceladas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, además señaló que en caso de declararse la ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que se deberá trasladar los aportes que se encuentran acreditados al momento de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual del demandante sin los rendimientos generados, ya que son exclusivamente del régimen de ahorro individual con solidaridad por mandato de la Ley y frente a la prima de seguro previsional la misma ya fue girada a una aseguradora durante el tiempo de afiliación del demandante, por lo que el Fondo está imposibilitado para devolver dichas sumas al ser un tercero de buena fe que no tuvo nada que ver con el contrato suscrito con el actor.

A su vez COLPENSIONES interpuso recurso de apelación con fundamento en que de los medios probatorios del proceso se puede evidenciar que efectivamente el traslado se realizó de manera clara, consciente por parte del afiliado, señaló que para el caso en particular el actor contaba con 61 años cuando realizó la reclamación ante Colpensiones, lo que quiere decir que contaba con un año para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, lo que hace que se encuentre inmerso en una prohibición legal para efectuar dicho traslado, resaltó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición situación única que permite trasladarse de régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, ahora bien debe tenerse en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional que según su criterio no es viable permitir que una persona se traslade en cualquier tiempo del RAIS al RPM, ya que causaría un detrimento de financiación del sistema por parte del Fondo.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las

razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de*

*doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 141 se evidencia formulario de afiliación a Protección S.A., el 28 de noviembre de 1994.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se establece que en el año 1994, se encontraba en su lugar de trabajo de forma individual un asesor de Protección S.A., le indicó que el Seguro Social se iba a liquidar

así como también que los ahorros que tendría estarían mas seguros en dicho Fondo y que el dinero generaría rendimientos y por tal información decidió cambiarse de régimen pensional.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de noviembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR RODRIGO ALBERTO ARANA AYALDE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 033 2019 00242 01**

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

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por Colpensiones y Porvenir S.A y Protección S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de febrero de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR, solicitó revocar en su integridad la sentencia de primera instancia, al considerar que el fallador de primera instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional del demandante reviste de validez, toda vez que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le

correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 24 de octubre de 1959, informó que estuvo afiliado al Seguro Social, hasta el año 1994, año en que se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo le suministraran la suficiente información para tomar una decisión, posteriormente, realizó un traslado horizontal a la AFP Protección S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 14, 15 y 35 del Decreto 656 de 1994, la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003, la Ley 860 de 2003 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, 31989 del 9 de septiembre de 2008.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 90 a 162, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que al verificar el expediente administrativo de la actora, la misma no se encuentra inmersa dentro de los requisitos que señala la sentencia SU 130 de 2013. Propuso las excepciones de falta de legitimación por pasiva, inobservancia del principio desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, falta de causa para demandar, error de derecho, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin justa causa y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 124 a 132, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que el contrato de afiliación celebrado por el Fondo y la actora es plenamente valido y produjo efectos jurídicos, ya que confluyeron todos los elementos para su existencia y validez. Propuso las excepciones de validez de la afiliación, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento, prescripción y la genérica.

PORVENIR dio contestación como aparece de folios 103 a 179, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que la accionante recibió asesoría por parte de Protección respecto de las características, condiciones y naturaleza propia del RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido, buena fe.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 3 de febrero de 2021, el Juzgado Treinta y tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., y con esto a la afiliación realizada al Sr. RODRIGO ALBERTO ARANA AYALDE, identificado con cédula de ciudadanía N°16.632.071, EL 27 DE AMYO DE 1994.*

*SEGUNDO: DECLARAR que el Sr. RODRIGO ALBERTO ARANA AYALDE identificado con C.C. N°16.632.071 se encuentra efectivamente afiliado a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.*

*TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del Sr. RODRIGO ALBERTO ARANA AYALDE a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración.*

*CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación del Sr. RODRIGO ALBERTO ARANA AYALDE.*

*QUINTO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A u PORVENIR, a pagar de ser el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM, lo cuales serán asumidas a cargo de su propio patrimonio de manera proporcional al tiempo de afiliación del demandante. Para esto se CONMINA a COLPENSIONES a efectos de*

*realizar las gestiones necesarios a fin de obtener el pago de tales sumas si a ello hubiese lugar.*

*SEXTO. DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho y prescripción, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.*

*SEPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandadas PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., se fijan como Agencias en Derecho la cantidad de 3 S.M.M.L.M.V en un 50% A CARGODE CADA ACCIONADAS CONDENADAS EN COSTAS.*

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía perdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de Protección S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia emitida en primera instancia en lo relacionado a la declaratoria de nulidad del acto de afiliación realizado por el demandante, así como también en lo relacionado al numeral cuarto con fundamento en que el fallo proferido contiene afirmaciones y apreciaciones contradictorias y desconoce los diferentes fallos emitidos por la H. Corte Suprema de Justicia, en relación a ello citó la Sentencia con radicado 413 del 2018, la cual señaló que en aquellos casos en los que se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado debe realizarse un análisis sobre aquellos actos de voluntad realizados por la parte actora que implican la señal nítida de la voluntad del trabajador realizar dicha afiliación y en el presente caso no existe duda alguna que el demandante confiesa que se traslado de forma libre y voluntaria, por lo que resaltó que no existe una duda razonable sobre el genuino deseo de cambiarse de régimen, en segundo lugar en relación al deber de información no se

analizan los actos de relacionamiento como lo ha manifestado la H. Corte Suprema de Justicia, agregó que sobre la carga probatoria se hace un análisis que la AFP no demostró en el presente proceso sin tener en cuenta el interrogatorio de parte, en consecuencia solicitó revocar en su integridad el fallo en sede de primera instancia.

PORVENIR S.A., por medio de su apoderado judicial interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque todas y cada una de las condenas en contra de la AFP con fundamento en los siguientes puntos, sobre la ineficacia del traslado, el retorno los saldos que se encuentran en las cuenta de ahorro individual, en lo que corresponde al pago de diferencias y lo que corresponde a condena en costas, al respecto resaltó que se aparta de las consideraciones expuestas en primera instancia con fundamento en que no se logro acreditar la coacción por parte de las AFP.

Y a su vez COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque de manera parcial contra el fallo proferido en primera instancia en lo relación con la inconformidad de la tesis relacionada con el Despacho en cuento al acogimiento de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia para reinvertir la carga de la prueba estando en cabeza del fondo privado, ya que solamente se puede aplicar en caso de afiliados que con el traslado se les haya causado una afectación grave a su derecho pensional es decir que tuvieran un expectativa legitima, situación que no esta inmerso el demandante, encontrándose una carga desproporcionada a cargo de las demandadas.

## V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n°

59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a*

1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 136 se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 17 de junio de 1997.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se establece que en el año 1994, un asesor de Protección de forma general le informó los beneficios de estar dentro del fondo, por el cual la pensión sería mucho mayor a la que podría brindar el Seguro Social que iba ser liquidado, posteriormente se trasladó a Porvenir, en razón a una mayor rentabilidad.

Así las cosas, pese a que obra formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes

jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 3 de febrero de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CLARA EMILIA LLANO ZULUAGA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 036 2018 00207 01**

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

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Porvenir S.A., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de febrero de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

La parte demandante por medio de su apoderada judicial solicitó confirmar la sentencia de primera instancia al considerar que el momento

de la afiliación el representante de Porvenir S.A., quien realizó la afiliación, solamente se limitó a llenar un formato preestablecido por el mismo para dicha afiliación y no le dio información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta a la actora, respecto a las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS y los beneficios así como las consecuencias negativas y específicas de abandonar el RPM.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad y/o ineficacia de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que se afilió al Seguro Social a partir del 1 de abril de 1983, como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los Fondos Privados de Pensiones se trasladó a Porvenir S.A., el 12 de diciembre de 1999, sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículo 20,48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 141, 106, 77, 33 y 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1746 del Código Civil, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el Decreto Ley 3466 de 1982 y la Ley 1480 de 2011 y el artículo 25 de la Ley 1564 de 2012.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 213 a 237, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta del deber de información). Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia

del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica.

PORVENIR S.A., realizó contestación a la demanda mediante escrito visibles a folios 286 a 307, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la actora no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustenta la ineficacia o nulidad de la afiliación, en tanto su elección de régimen obedeció a una decisión libre y voluntaria. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe.

### III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de febrero de 2021, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora CLARA EMILIA LLANO ZULUAGA, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1 de febrero del año 2000 con la hoy AFP PORVENIR S.A.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra.*

*TERCERO: DECLARAR no probadas la excepción de prescripción.*

*CUARO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A. Liquidense con la suma de \$900.000 como agencias en derecho.*

*QUINTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, conforme lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.*

Como fundamento de su decisión, argumentó que si bien no existía la doble asesoría para el momento en que la actora se trasladó de régimen, lo cierto es que si existía el buen consejo, ya que el afiliado debía tener pleno conocimiento de ello, al respecto resaltó la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, que en tres decisiones ha ratificado su posición y por tal razón se constituye doctrina probable en el sentido de que los fondos de pensiones debían brindar una

información completa, comprensible y cierta a los potenciales afiliados sin que se puede extraer de la firma en los formulario de afiliación, ya que es obligación demostrar que efectivamente suministraron a la demandante esa información.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

##### **V.**

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación en razón a que ese deber de información ha variado con el tiempo y para el año 1999, cuando se trasladó la demandante, si bien la Ley 100 de 1993, ya señalaba que la elección de régimen pensional fuera el resultado de lo debido o del debido conocimiento de las características de cada régimen la misma no habla de hacer comparaciones o simulaciones teniendo en cuenta el numero de semanas de cotización la edad y la fecha del retiro, resaltó que la firma vertida en el formulario de afiliación es completamente valida y no hay lugar a declarar ineficacia, ya que el mismo fue firmado de forma libre y sin presiones, sin que la AFP coaccionara a la actora para que firmara dicho formulario.

A su vez PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación en razón a que el precedente jurisprudencial no puede aplicarse de plano sin tener en cuenta las particularidades de cada caso, por lo que el traslado de régimen cuenta con plena validez en la medida de que se cumplió con los requerimientos legales para la fecha exigibles, que para el año 1999, no se encontraba en cabeza de la AFP obligaciones exigidos en el escrito de demanda, así como también que la demandante conto con la posibilidad de regresar al RPM, ya que para el momento en que se vinculó con la Administradora no contaban con ningún limitante para retornar, sin embargo señaló que decidió continuar de manera voluntaria, aunado ello, solicitó que en relación a la condena por gastos de administración sea desestimada la misma, toda vez que no corresponde con las normas legales.

#### **VI. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 308 se evidencia formulario de afiliación a Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., el 9 de diciembre de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, que en el año 1999 en su lugar de trabajo le informaron que el Seguro Social y que la mejor alternativa sería trasladarse a un Régimen Privado iba a liquidarse y por tal motivo decidió firmar el formulario de afiliación, señaló que no recibió asesoría por parte de la AFP PORVENIR S.A.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de febrero de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA ELINA HERNANDEZ MEDINA** contra **JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II.**

**RADICADO: 11001 3105 001 2016 00806 01**

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

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el curador ad-litem contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de marzo de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por la apoderada de la demandante en donde solicitó despachar desfavorablemente las suplicas de su contraparte como quiera que la JUNTA DE ACCION COMUNAL PROTECHO BOGOTA II fue notificada dentro del término establecido en el artículo 94 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta las notificaciones establecidas por los artículos 291, 292 y 293 del mismo código con el auto admisorio de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió que se declare que entre ella y la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II, existió un contrato de trabajo a término indefinido sin solución de continuidad desde el 22 de junio de 2012 hasta el 31 de agosto de 2015, el cual terminó por voluntad del trabajador, en consecuencia, se condene a la demandada a pagar las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas por los años 2012, 2013, 2014 y 2015, así como, se cancele la indemnización moratoria por no consignación de cesantías en las siguientes sumas: \$27.200.000 por el año 2012, \$19.600.000 por el año 2013 y \$9.600.000 por el año 2014 y a pagar la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del código sustantivo de trabajo por no habersele cancelado a la terminación del contrato los salarios y prestaciones debidas.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que el 22 de junio de 2012, celebró contrato de trabajo verbal a término indefinido con la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II, para desempeñar el cargo de controladora y auxiliar de parqueo con manejo de dinero de los garajes 1 y 2 operados por la junta en el sur de la ciudad, que se pactó como salario la suma de \$800.000 pagaderos mensualmente, que el turno de trabajo era de 12 horas de 6:00 am a 6:00 pm o de 6:00 pm a 6:00 am de lunes a domingo, que sin dar por terminado el vínculo laboral el patrono le hizo suscribir contratos de prestación de servicios para los períodos del 1° de abril de 2013 al 30 de junio de 2013 y otro de 4 meses en 2014, que la relación contractual se mantuvo sin solución de continuidad por un término de 3 años 2 meses y nueve días hasta el 31 de agosto de 2015, fecha en la cual decidió renunciar al cargo y que durante la relación laboral el patrono no consignó cesantías a fondo alguno ni le pagó las prestaciones de ley.

Como fundamento normativo, citó el artículo 53 de la Constitución Nacional, los artículos 22, 57, 65, 249 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 74 y ss del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, así

como, la Sentencia de la Corte Constitucional C- 555 del 6 de diciembre de 1994.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El curador ad litem, dio contestación (fl. 69-74), en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, refiriendo que nunca existió un contrato de trabajo entre la demandante y su representada con los extremos cuya declaración se pretende, igualmente, señaló que se encontraba prescrita cualquier acción atendiendo a lo dispuesto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y 94 del Código General del Proceso, como quiera que habían transcurrido más de 3 años desde la supuesta terminación del contrato de trabajo cuya existencia se reclamaba, sin que tal afirmación constituyera allanamiento a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones previas de prescripción y caducidad y como excepciones de fondo el cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, prescripción y caducidad, compensación, innominada o genérica.

## III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de marzo de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

**“PRIMERO:** DECLARAR la existencia de una relación laboral celebrada entre la demandada JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II y la demandante MARÍA ELENA HERNÁNDEZ MEDINA identificada con C.C. No. 51.922.235 con vigencia entre el 23 de julio de 2012 y el 13 de agosto de 2015 conforme lo motivado.

**SEGUNDO:** ORDENAR a la demandada JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II pagar a la demandante MARÍA ELINA HERNÁNDEZ MEDINA identificada con la C.C. No. 51.922.235 las siguientes sumas de dinero por los conceptos que se indican a continuación:

-La suma de un millón ochenta y tres mil novecientos catorce pesos moneda legal (\$1.083.914) por concepto de auxilio de cesantía.

-La suma de un millón ochenta y tres mil novecientos catorce pesos (\$1.083.914) por concepto de prima de servicios.

-La suma de quinientos cuarenta y un mil novecientos cincuenta y siete moneda corriente (\$541.957) por concepto de vacaciones.

*-La suma de Trece millones seis mil novecientos sesenta y ocho pesos moneda corriente (\$13.006.968) por concepto de indemnización por no consignación a fondo de cesantías*

*-La suma de Veintiún mil cuatrocientos setenta y ocho PESOS MONEDA CORRIENTE (\$21.478) diarios a partir del 13 de agosto de 2015 y hasta que el pago se verifique, por concepto de indemnización moratoria.*

**TERCERO:** *NEGAR las demás pretensiones de la demanda según lo expuesto.*

**CUARTO:** *CONDENAR en costas a la parte demandada en el presente asunto.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que existió un contrato de trabajo entre las partes, en virtud del cual la demandante desplegó funciones en el parqueadero de propiedad de la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II, lo cual coligió de las planillas allegadas a folios 19 a 93 del expediente, documentos que no habían sido tachados ni desconocidos, encontrando probado la relación laboral entre el 23 de julio de 2012 al 13 de agosto de 2015, sin embargo, precisó que como no se había encontrado acreditado el salario que adujo la actora (\$800.000), se tendría como devengado el salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a la prescripción indicó que como la relación laboral terminó el 13 de agosto de 2015 y la demanda se presentó el 18 de noviembre de 2016, no habían acaecido los 3 años contemplados en los artículos 151 del CP.T. y S.S. y 488 del C.S.T., no obstante, se declararía parcialmente probada la excepción con anterioridad al 18 de noviembre de 2013, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda.

Finalmente, respecto a las indemnizaciones moratorias ambas surgían por el incumplimiento y gozaban naturaleza sancionatoria por lo que estaban condicionadas a la valoración de la buena fe o mala fe en la conducta desplegada por el empleador, en consecuencia, como no se advirtió la consignación de las cesantías ni el pago de las acreencias laborales y no se desvirtuó la mala fe, se procedió a su reconocimiento.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

El curador ad – litem de la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II, solicitó la revocatoria en su integridad de la sentencia al considerar que no se habían probado los extremos de la relación laboral con los documentos que se aportaron, ya que ninguno de los documentos aportados se encontraba suscrito, adicionalmente , señaló que ninguno de los testigos ni la propia demandante dio cuenta de las fechas exactas del inicio y presunta terminación de la relación y que las actas aportadas no eran pruebas, que tampoco existía prueba alguna sobre el monto del presunto salario acordado, igualmente, destacó debía darse plena aplicación a la prescripción, ya que esta no fue debidamente interrumpida, como quiera que al presentarse la demanda en el año 2016 no fue notificada, tal como exige el Código General del Proceso dentro del año siguiente a la interposición de la demanda sino en data posterior, finalmente, respecto a la imposición de la sanción moratoria, argumentó que no existía mala fe de su representada y que si bien la demanda se contestó curador teniendo en cuenta que no fue posible la notificación de la misma, dicho hecho no conducía necesariamente a considerar que existía una mala fe de parte de su representada.

#### **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable determinar que, entre las partes, existió contrato de trabajo desde el 23 de julio de 2012 hasta el 13 de agosto de 2015, como se determinó por el a quo, y en caso afirmativo estudiar si resulta procedente acceder a las condenas pretendidas con la demanda.

Para resolver lo pertinente, se debe considerar que el Código Sustantivo del Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio*

*personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”.*

A su vez el artículo 23 de la referida norma, subrogado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio.

El artículo 24, subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 2º, establece una presunción según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. La jurisprudencia y la doctrina han aceptado al respecto, que si concurren los elementos de actividad personal y remuneración, el otro elemento que contempla el literal b) del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación, se debe presumir salvo prueba en contrario. Por ello, si se acredita que hubo un servicio personal y remunerado, debe quien pretenda desconocer la presunción legal del citado artículo 24, probar que no existió el elemento subordinación en esa relación.

Es preciso señalar que, como es bien sabido y según el principio de la carga probatoria, corresponde a quien es demandado en calidad de empleador por incumplimiento de obligaciones a su cargo, contraprobar las omisiones que niega que, al no desvirtuar, se dan por ciertas. De igual forma, que los hechos declarados que no tengan esta característica de negaciones indefinidas son susceptibles de probarse por quien los interpela y que al hacerlo asume tal carga, por lo cual deviene la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persiguen.

En este caso, la parte demandante con miras a probar la existencia del contrato de trabajo, allegó 2 contratos de prestación de servicios de fechas 1 de abril de 2013 (fl. 9-11) y otro del año 2014<sup>1</sup> (fl. 12 -17), los cuales carecen de suscripción y/o firma por las partes, así mismo, se allegaron unas páginas de lo que parece ser una bitácora de control de vigilancia de unos parqueaderos en la que se reportan las novedades a la entrega y/o salida del turno (fl. 19 -93).

También se recibió el interrogatorio de parte de la demandante, en el que la misma señaló que ejecutó las funciones como controladora consistentes en recibir y despachar los carros de un parqueadero, así como manejar dinero, que tuvo un contrato verbal con la demandada desde junio de 2012 y terminó por renuncia en agosto de 2015, que la persona que la contrató fue el señor JORGE PATIÑO (Presidente de la JAC PROTECHO BOGOTÁ II), que prestó su servicios en los parqueaderos 1,2 y 4 del barrio Protecho del cual no tenía la dirección pero era en el barrio de la Junta de Acción Comunal del barrio Protecho, que dejó de prestar los servicios para la demandada porque el señor JORGE PATIÑO, le hizo un contrato de 3-4 meses y además un documento donde decía que tenía que hacer un empalme con otra empresa, que a los 2 meses ella pidió la liquidación y no se le dio nada, aclaró que inicialmente tuvo un contrato verbal y luego un contrato por prestación de servicios, que en ese contrato de prestación de servicios se comprometió a tener un horario de 12 horas, que quien verificaba y controlaba el cumplimiento del horario de 12 horas era el Señor JORGE PATIÑO, al cuestionársele por las razones de su renuncia reiteró que por mala fe del Señor JORGE PATIÑO en hacerle firmar unos contratos y un documento dónde decía que ella estaba a paz y salvo con él.

Igualmente, se recepcionaron los testimonios de los señores ARQUÍMEDES MORENO DÍAZ, quien refirió conocer a la demandante hacia 15 años por vivir en el barrio Protecho y porque en esa época se contrataba a la misma gente del barrio para hacer la vigilancia, que él fue tesorero de la JAC PROTECHO II en periodo anterior al que la

---

<sup>1</sup> Sin fecha específica.

demandante trabajó para la JAC, en su declaración dicho testigo aunque dio cuenta que la Señora MARÍA ELINA HERNÁNDEZ, prestó sus servicios como vigilante de parqueadero durante muchos años (cuidando los carros del parqueaderos) y contaba con un horario de 6:00 am a 6:00 pm o de 6:00 pm a 6:00 am, una semana de día y otra de noche, no tiene conocimiento de como fue la vinculación de la demandante o si suscribió contrato, ni tiene precisión de las fechas en que la demandante trabajó al servicio de la demandada, así como tampoco supo quien la contrató o el monto del salario, ni tiene conocimiento del motivo por el que ésta dejó de prestar servicios.

Por su parte, MIREYA PULIDO SANABRIA, indicó haberse desempeñado como Presidente de la JAC PROTECHO II, que conocía a la demandante desde hacía 11 años, que la labor que prestaba la demandante al servicio de la JAC cuando ella (testigo) ingreso a la JAC, consistía en unos turnos porque no tenía ningún tipo de contrato, precisando que la demandante inicialmente laboró como un apoyo en las horas pico del parqueadero de 6:00 pm a 10:00 pm y posteriormente se le cambió el contrato y se le hicieron las afiliaciones de ley y cumplía labores de 6:00 am a 6:00 pm y se intercambiaba, al preguntársele a partir de qué fecha había sido cambiada la modalidad del contrato y quien dio la autorización para el mismo, manifestó que no recordaba las fechas que lo que estaba narrando era del 2012, que ella se posesionó para la fecha en que se posesionaban todas la juntas que cree que fue el 20 de julio y que solo recordaba que le cambiaron al personal el contrato en la medida de las posibilidades económicas del barrio, que como habían pasado tantos años no recordaba el valor con el que se le remuneraba, pero que esos documentos debían reposar en los archivos de la junta, que ella estuvo aproximadamente un año en la presidencia de la JAC, no obstante, la fechas tampoco las recuerda porque una fecha era en la que se renunciaba y otra en la que se entrega como tal el cargo, entonces solo recordaba que estuvo hasta el año 2013 posiblemente hasta agosto-septiembre de dicho año, que no sabia hasta que momento prestó sus servicios la demandante, que solo podía decir que después de ella, hubo 3 administraciones hasta la actual, que vio a la demandante trabajando

con la actual administración pero que debía precisar que la misma llevaba 6 años, siendo el actual presidente el Señor JORGE PATIÑO, pero que desconocía si este señor contrató o no a la demandante máxime que ella tenía conocimiento que se hacían 2 contrataciones una con empresa de vigilancia y otra con particulares.

Finalmente, se recepcionó el testimonio del señor DANIEL GUIZA, quien manifestó haber sido compañero de trabajo de la demandante durante 1 año, que trabajaron como vigilantes, que la demandante trabajaba en el parqueadero dos (2) y él en el uno (1) de PROTECHO, que no recuerda la fecha en que él había sido contratado, lo que recuerda era que trabajaban en el parqueadero 12 horas de día y 12 de noche y cambiaban, que los contrató la Junta, que a él lo contrato directamente el presidente MIGUEL AVENDAÑO, pero a la demandante no sabía que presidente la había contratado y que cuando entró JORGE PATIÑO como presidente de la Junta los retiró porque contrató vigilancia privada y no les pagó nada, que no tiene presente la fecha de terminación solo recuerda que cuando entró el nuevo presidente los retiró, respecto al salario indicó que en este entonces cuando el trabajaba recibían \$760.000, al preguntársele porque le constaba ello, refirió que les pagaban por igual, porque al compañero de él de nombre Luis también le pagaban lo mismo y les pagaban en efectivo.

Así las cosas, del acervo probatorio recaudado en el expediente, lo primero que debe señalarse es que no obra documental alguna de la que pueda determinarse o inferirse la existencia de una relación laboral entre la JUNTA DE ACCION COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II y MARIA ELINA HERNANDEZ MEDINA, pues respecto de los contratos de prestación de servicios allegados, no existe certeza sobre su elaboración y por tanto no pueden ser atribuibles a ninguna de las partes, en tanto, no se encuentran firmados y como la demandada se encuentra representada por curador no le era dable hacer alguna manifestación ante estos, frente a las páginas de la bitácora aunque es posible leer el nombre de la demandante en algunos apartes, no es posible establecer que la actividad desplegada fuera en favor de la demandada pues esta bitácora

no cuenta con sello, membrete, firma y/o recibido alguno de la demandada ni es posible establecer el lugar de ubicación de los parqueaderos a los que se hace alusión, ya que algunas páginas tan solo cuentan con un sello “REVISTA SUPERVISOR BMA 3666” lo cual en forma alguna puede asociarse con la demandada.

Ahora bien, de los testimonios vertidos por los señores ARQUÍMEDES MORENO DÍAZ, MIREYA PULIDO SANABRIA y DANIEL GUIZA, se desprende que en efecto había una prestación personal del servicio de la señora MARIA ELINA HERNANDEZ para la demanda JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTA II, pues estos fueron claros en señalar que la demandante prestaba sus servicios como vigilante en los parqueaderos de propiedad de la Junta de acción comunal, con lo que se activa, la presunción de existencia de un contrato de trabajo.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la parte actora no puede aspirar al reconocimiento de un contrato laboral, solamente con la presunción legal prevista en el art. 24 del C.S.T. subrogado por la Ley 50 de 1990, art. 2°, por cuanto la misma, puede ser desvirtuada con el acervo probatorio que legalmente se practica en el juicio ante el juez laboral, pero en todo caso, se debe partir de la existencia de un hecho probado, el de la prestación del servicio, su remuneración o salario y sus extremos temporales, para que en esa medida, cobre vigencia la aplicación de las presunciones, sobre la base de ese hecho conocido.

En este sentido se ha manifestado la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, así:

*“La presunción legal a que se refiere el artículo 24 no define necesariamente la contienda, con imposición de derecho. Su virtud consiste en relevar al trabajador de toda otra actividad probatoria, en torno a la existencia del vínculo contractual; pero si la única que está obligado a desplegar conlleva la negación de la subordinación, mal puede lograrse el reconocimiento de un contrato de trabajo. Todavía más: si la presunción resulta desvirtuada por cualquier otra probanza, así provenga ella del propio trabajador, el resultado desestimatorio será el mismo, pues una cosa es la ventaja probatoria que implica la presunción legal y otra muy distinta la definición de la litis por el*

*mérito de las pruebas". (Ver entre otras, CSJ, Cas. Laboral, sentencia abr. 9/65, Rev. D. del T. N° 244-46, pág. 163.)*

De igual forma, debe tenerse en cuenta que la Jurisprudencia ha sido reiterativa y pacífica en señalar, entre otras en la SL676-2021 10/02/2021, que enuncia:

*“Quien pretenda la declaratoria de un contrato de trabajo, debe acreditar, por lo menos la prestación personal del servicio y los extremos temporales en los cuales afirma se desarrolló la labor, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST”.*

De acuerdo con lo anterior, se tiene que en el caso bajo estudio se encontraría pendiente acreditar el extremo inicial y final de la relación laboral, porque en este en caso particular se tiene que los testigos ARQUÍMEDES MORENO y DANIEL GUIZA, desconocen cuándo empezó a prestar sus servicios MARIA ELINA HERNANDEZ, para la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II y en qué momento dejó de prestar los servicios para la misma, pues así se señaló expresamente en sus declaraciones en donde si bien dan cuenta de los servicios prestados por la demandante como vigilante de parqueadero de la JAC de Protecho, el primero al indicar que era residente del barrio y la vio prestar los servicios y el segundo al haber sido compañero de trabajo, sin que en todo caso, dichos extremos pudieran colegirse de las vinculaciones que tuvieron los testigos con la demandada, pues el señor MORENO refirió haber prestado sus servicios como tesorero para la junta de acción comunal durante 6 años en periodo anterior al que la demandante prestó servicios para la demandada sin señalar concretamente cuando había dado dicha vinculación y el señor GUIZA no recordaba cuando se había dado su propia vinculación, solo que había prestado sus servicios por un año y que cuando entró a la presidencia el señor Jorge Patiño retiró al personal por cambio a contratación de vigilancia privada.

En igual, sentido se rindió declaración por la señora MIREYA PULIDO, de cuya declaración se desprende que desconoce los extremos de la relación laboral sostenida por la demandante con la demandada en tanto que cuando ella ingreso a la presidencia de la JUNTA DE ACCIÓN

COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II la demandante ya prestaba servicios para la junta y cuando ella terminó la presidencia la señora MARIA ELINA HERNANDEZ, continuó prestando servicios para la junta, adicionalmente, los extremos tampoco pueden determinarse de la vinculación que la testigo sostuvo con la demandada en la medida, en tanto que refirió que cuando ella ingreso a la presidencia de la JAC la demandante venia prestando unos turnos de apoyo durante las horas pico del parqueadero de 6:00 a 10:00 pm y posteriormente se le cambió el contrato prestando los servicios de 6:00 am a 6:00 pm y viceversa, sin embargo, refirió que no recordaba con exactitud cuando se había hecho ese cambio, que lo que ella narraba era del 2012, pues se posesionó para la fecha en que se posesionaban todas la juntas que creía que ello había ocurrido el 20 de julio y en todo caso refirió haber prestado sus servicios por aproximadamente un año que las fechas tampoco las recordaba pero posiblemente había sido hasta agosto-septiembre de 2013, enfatizando no saber hasta cuando se habían prestado los servicios por la demandante, pues si bien la había visto prestando servicios para la actual administración ésta llevaba 6 años y desconocía si el actual presidente de la JAC señor JORGE PATIÑO la había o no contratado, ello aunado a que la demandante en el interrogatorio de parte vertido puntualizó que quien la había contratado había sido el señor JORGE PATIÑO (presidente de la JAC PROTECHO), quien además era quien verificaba y controlaba el cumplimiento del horario y al que le presentó su renuncia con ocasión de decisiones adoptadas por el mismo tales como que la hizo suscribir un contrato de prestación de servicios, un documento de empalme con otra empresa y un paz y salvo, de lo que pareciera que el reproche de la relación laboral que se reclama seria respecto del periodo en que la demandante prestó servicios para la demandada cuando fungió como presidente de la JAC el Señor JORGE PATIÑO (que de acuerdo con lo señalado por los testigos fue la última administración), extremos que tampoco resultan acreditados.

Al confrontar esta Sala la decisión adoptada por el Juez de primer grado, con lo que acreditaron los medios probatorios que se practicaron a lo largo del proceso, se observa que la misma, no se ajusta a los

presupuestos facticos, pues no existe en el plenario, elemento de convicción alguno de donde se puedan establecer los extremos de la presunta relación laboral sostenida entre la JUNTA DE ACCION COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II y MARIA ELINA HERNANDEZ MEDINA, lo cual de manera inexorable conduce a la absolución de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y en consecuencia se procederá a revocar la sentencia.

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

**RESUELVE:**

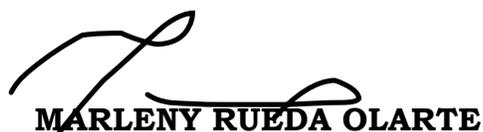
**PRIMERO:** REVOCAR la sentencia expedida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C y en su lugar absolver a la demandada JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL PROTECHO BOGOTÁ II, de las pretensiones incoadas en su contra por la Señora MARIA ELINA HERNANDEZ MEDINA.

**SEGUNDO:** SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
LORENZO TORRES RUSSY

  
MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, representing the name Manuel Eduardo Serrano Baquero.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**