



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 02-2018-00192-01**

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

**DEMANDANTE: ANA MARIA TORRES FERNANDEZ DE CASTRO**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PROTECCION S.A.**  
**AFP OLD MUTUAL S.A**  
**AFP COLFONDOS S.A.**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP**  
**COLFONDOS, Y COLPENSIONES) // CONSULTA**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colfondos y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de julio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandante (fls 25 ss), la parte demandada Colfondos S.A. (fls.6-14), Old Mutual S.A. (fls.15 ss) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 29 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

El (la) señor(a) Ana Maria Torres Fernández De Castro instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Protección SA, AFP Colfondos S.A AFP Old Mutual S.A. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 77 expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante del RPM al RAIS.
2. Se declare para todos los efectos legales que la demandante siempre ha permanecido afiliada al RPM en cabeza de Colpensiones.
3. Se ordene el traslado de los aportes realizados por la demandante en el RAIS al RPM.
4. Se condene a Colpensiones y a AFP Porvenir a cancelar las costas procesales incluidas las agencias en derecho.
5. Se reconozca a la demandante los pagos distintos a los solicitados cuando hayan sido discutidos y probados, lo mismo que a pagos superiores bajo el principio y poder del Juez de extra y ultra petita.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.92-103 expediente digital), Colfondos S.A. (fls. 192-220), Old Mutual (fls.130-142), de acuerdo al auto del 7 de mayo de 2018, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito. Protección S.A. (fl.254-268) fue vinculada en auto del 8 de abril de 2019, también se opone a las pretensiones y propone excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 02 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 21 de julio de 2021, **DECLARÓ** la nulidad o ineficacia del traslado que realizó la señora Ana María Torres Fernández De Castro el 27 de febrero de 1996. **CONDENÓ** a Old Mutual

S.A. a devolver a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como valores que cobro a título de cuotas de administración, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno. **ORDENÓ** a Colpensiones a aceptar dichos valores y a tener como válida la afiliación de la demandante en el RPM. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **CONDENÓ** en costas a las demandadas Old Mutual, Colpensiones, Protección y Colfondos S.A., dentro de las que se incluirá por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMMLV para cada una. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

### RECURSO DE APELACIÓN

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

Manifiesta que no es procedente que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al RPM del RAIS realizado por la demandante y que como consecuencia de ello, se declare que la demandante estuvo afiliada desde un inicio al RPM y ordenarse Colpensiones recibir los aportes realizados por esta al RAIS, toda vez que en virtud de las pruebas arrojadas al proceso, se evidencia que la señora Ana María Torres Fernández de Castro se encuentra válidamente afiliada al fondo de pensiones y cesantías OLD MUTUAL S.A.

Señala que el traslado del RPM al RAIS se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia suscribió los formularios para llevarlo a cabo, además, indica que el *artículo 2 de la ley 797 del 2003* establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada 5 años, igualmente indica que el *Decreto 692 de 1994* en su *artículo 11* establece que la selección del Régimen Pensional implica la aceptación de las condiciones propias de este para acceder a las pensiones de invalidez, vejez o muerte, de la norma anterior se pueden ver los requisitos de forma que debe contener el formulario que se debe diligenciar para adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora. También dice que establece que cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado, se ha tomado de manera libre,

espontánea y sin presiones y que además autoriza la norma que el formulario contenga la leyenda impresa en este sentido.

Con relación a la constitucionalidad de la restricción que establece el *artículo 2 de la ley 797*, refiere el pronunciamiento de la honorable Corte Constitucional en sentencia C-1024 del 2004 cuyo contenido se reprodujo en la sentencia C-062 del 2010 y cita:

*“El objetivo con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar que dicho Régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados para que una vez cumplidos los requisitos de edad y semanas, puedan obtener una pensión mínima, independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie, resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no solo al concepto constitucional de equidad, sino también al principio de eficiencia pensional, el cual consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago de forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da el derecho del sistema de seguridad social.”*

Señala que desde esta perspectiva dice la Corte Constitucional y contrario a lo que manifiesta el Despacho, que la descapitalización del fondo común del Régimen de Prima Media se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que por lo mismo no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarían en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste económico, pudiesen trasladarse de régimen cuando estuviesen próximas al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar al sistema y por ende manifiesta que poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Adicionalmente refiere lo manifestado en sentencia 10825 del 2017 radicado 47528 MP. Jorge Luis Quiroz Alemán, en ese sentido:

*“En efecto, la declaración de nulidad de la afiliación por falta de cumplir con el deber de información por la AFP opera solo para las personas beneficiarias del Régimen de Transición pensional del artículo 36 de la ley 100 de 1993”*

En este punto, pide tenerse en cuenta que, de acuerdo al precedente jurisprudencial citado, a la demandante no se le ha violado ninguna expectativa legítima de pensión pues no es beneficiaria del Régimen de Transición en vista de que al 01 de abril del

94 no contaba con 35 años de edad, sino con 33 y además no contaba con los 15 años de servicios.

Respecto a las proyecciones presentadas con la demanda, expresa que como quiera que el monto pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad también depende de variables como el rendimiento financiero de los fondos sujetos al comportamiento fluctuante de la economía, resulta incierto establecer un posible monto que le permitiera en ese momento en el año 1996 a la demandante evaluar cuál sería a futuro el Régimen más favorable y en esa medida señala que no se puede afirmar que el silencio de la AFP en estos aspectos, constituya falta en el deber de información.

Señala que la información dada por la AFP OLD MUTUAL sobre la posible mesada en el Régimen de Prima Media, la misma carece de certeza pues no establece claramente cuáles son los factores a tener en cuenta para calcular la pensión en el RPM como tasa de reemplazo y asimiento para el cálculo del IBL. Señala que tampoco es competente para realizar la liquidación pensional en el RPM, pues esto es un asunto de Colpensiones y las cajas de Previsión que aún subsisten como forma excepcional.

Señala que para la demandante la causal de nulidad del traslado radica en que firmó el formulario sin que se le explicaran las consecuencias del traslado del RPM al RAIS. Precisa que las características, condiciones y modalidades pensionales propias de este régimen están consignadas en los *artículos 59 y ss. de la ley 100 de 1993*, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos, pues la responsabilidad recae en ella por tanto no es dable alegar la ignorancia como excusa a voces de que prevé el *artículo 9 del código civil* para atribuir a la AFP la responsabilidad de haber omitido información al respecto, ya que este señalamiento lo hace la ley.

Aclara que el estatuto del consumidor financiero, esto es la *ley 1328 del 2009* reformada por la *ley 1748 del 2014*, establece que las AFP deben brindar asesorías a los afiliados antes de realizar un traslado, este protocolo se hace obligatorio a partir de la entrada en vigencia de esta norma pero aun así, la demandante no realiza ninguna gestión para trasladarse desde la entrada en vigencia de la *ley 1748 del 2014* sino hasta la fecha actual, por lo que dice se avizora en cumplimiento legal de las AFP de brindar información, debiendo aplicarse las disposiciones de la *ley 100 de 1993* y el *Decreto 692 de 1944*.

Hace referencia al *artículo 113 de la ley 100 de 1993*, que establece:

*“Cuando los afiliados al Sistema en desarrollo de la presente Ley se trasladen de un régimen a otro se aplicarán las siguientes reglas:*

*a) Si el traslado se produce del Régimen de Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales en los términos previstos por los artículos siguientes;*

*b) Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización.”*

Además refiere lo establecido por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, confirmada por la sentencia C-1024 del 2004, conforme a los términos señalados en la sentencia T-789 de 2002 que habla de la posibilidad del traslado de regímenes de pensión, la cual está contemplada en el literal e que modifica el artículo 13 de ley 100 de 1993, y cita lo siguiente:

*“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial.”*

Pide tenerse en cuenta como otro aspecto importante, que entrándose dentro del asunto a que la causa de la nulidad del traslado se origina por la falta de información que llevó a tomar una decisión equivocada, lo que podría interpretarse como un vicio en el consentimiento por error, pues alega no haber recibido toda la información necesaria para decidir a conciencia la nulidad, se encuentra saneada por la permanencia de la demandante en el Régimen, y expresa que es una forma de rectificar sus actos dentro del contrato.

Por último señala, pidiendo que de ninguna manera se entiendan reconocidos los hechos y las pretensiones, que el termino de prescripción especial para la redición de los contratos por nulidad plasmados en el artículo 900 del código de comercio, el cual es de 2 años a partir de la selección del negocio jurídico, y señala para el caso del particular, que al 01 de abril la demandante no contaba con 35 años ni 15 años de servicios cotizados sino 11 de servicios y 36 años de edad.

Finaliza expresando que no hay lugar a declarar la nulidad de traslado de Régimen de la demandante, toda vez que la selección de Régimen al momento del traslado, la tomó de manera libre y voluntaria y sin presiones de ninguna índole.

La parte demandada (Colfondos S.A.) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Interpone el recurso atendiendo a 3 argumentos:

El primero, Que Colfondos efectivamente cumplió con su deber de información, y que adicional a ello, lo hizo con plena diligencia y atendiendo a las normas imperantes al momento del traslado de la señora demandante, toda vez que la información que entregó el asesor de Colfondos se hizo en el marco de la reglamentación imperante del año 96 y 97. Pide atender también que desde el año 2010 al 2014, hubo una serie de reglamentaciones que modificaron ese deber de información; y que si bien, existía para los años 90, esto ha venido cambiando.

Señala que se está frente a un error de derecho, toda vez que la demandante se encuentra “inconforme” frente al alcance mismo del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Expresa que esto no le resta diligencia ni tampoco nulita, ni constituye una ineficacia del acto jurídico de afiliación, toda vez que ella lo hizo en procura y en ejercicio de su autonomía de la voluntad, atendiendo este como una posibilidad que otorga el ordenamiento jurídico a sus administrados para que gestionen sus propios actos y regulen sus propios intereses.

Manifiesta que si bien Colfondos no logró demostrar frente al proceso que el asesor cumplió con ciertas horas de capacitación, Colfondos siempre ha actuado de buena fe conforme a las normas que regulan su ejercicio y para la época no era obligatorio que Colfondos guardara o depositara información respecto a las capacitaciones y a la información que entregaba a sus afiliados o futuros afiliados.

En ese orden dice que, Colfondos actuó conforme al ordenamiento jurídico imperante para la época y que en todo caso, no se logró probar tampoco que existiese algún tipo de deber de custodia sobre esa información.

Finaliza solicitando la absolución por parte de todas las condenas, así como las costas y agencias en derecho.

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

Previo a resolver de fondo la sentencia de segunda instancia, observa la Sala que en autos del 29 de septiembre de 2021 y 22 de noviembre de 2021, por un error involuntario se indicó como nombre de la demandante ANA MARÍA FERNANDEZ DE CASTRO, siendo el correcto **ANA MARIA TORRES FERNANDEZ DE CASTRO**, por lo tanto, se determinará que los efectos emanados de los auto mencionados, para todos los efectos se refiere a la demandante **ANA MARIA**

**TORRES FERNANDEZ DE CASTRO**, nombre real de la persona que interpuso la demanda.

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el (la) señora **Ana Maria Torres Fernández De Castro** el día 27 febrero de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Colfondos, AFP Protección y AFP Old Mutual S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, se trasladó a la AFP Colfondos S.A. el 27 de febrero de 1996 con efectividad a partir del 1° de abril de 1996, se trasladó a la AFP ING hoy Protección el 28 de abril de 2004 con efectividad a partir del 1° de junio de 2004 (fl.270 expediente digital), para finalmente trasladarse a la AFP Old Mutual el 4 de agosto de 2005 (fl.143 expediente digital) con efectividad a partir del 1° octubre de 2005 (fl.180 expediente digital)

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a

los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

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

financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Protección SA aportó: formulario de afiliación, respuesta a derechos de petición, movimientos de cuenta emitido por Protección, SIAFP, políticas de asesoramiento, concepto de la Superintendencia Financiera de 29 de diciembre de 2015. AFP Old Mutual SA aportó: copia formulario afiliación, estado de cuenta de la demandante, respuestas a documentos radicados. AFP Colfondos SA aportó: certificación estado de cuenta, historial SIAFP, formulario de afiliación, acta comité multifiliación, circular externa 001 de 8 de enero de 2004 expedida por Superintendencia Bancaria, publicación en diario de amplia circulación, histórico de pagos de la demandante, historia laboral consolidada,

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 27 de febrero de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 27 de febrero de 1996, la demandante tenía 538,28 semanas (fl.178 expediente digital) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 8 de julio de 1960 – fl 3 expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el año 2017 en el RPM, (actualmente ha cotizado más de 1712,43 semanas fl.178 expediente digital), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle

la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP Protección S.A., AFP Colfondos S.A ni AFP Old Mutual S.A.

Ahora bien, conforme el punto de apelación de la demandada Colpensiones, en relación al que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

*(...)Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)*

Con relación a lo manifestado por la demandada Colfondos, conforme a que cumplió con el deber de información sustentado en que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación con el lleno de los requisitos formales del decreto 692 de 1994 y con relación a lo manifestado también por Colpensiones, en cuanto que para la fecha del traslado era incierto establecer un posible monto pensional, por lo que no se exigía en ese tiempo y que por lo mismo no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación. Igualmente no se puede deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante.

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Ana Maria Torres Fernández De Castro** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos S.A. el 27 de febrero de 1996, y en consecuencia los traslados posteriores entre los diferentes AFP.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

**COSTAS PRIMERA INSTANCIA:**

El apoderado de la parte demandada Colfondos, pide se absuelva de la condena en costas impuestas en primera instancia.

La Sala debe precisar, la imposición de costas no es automática, debe demostrarse su causación, las etapas procesales y los argumentos del *A Quo* que lo llevan a tomar la determinación de fijar las costas. El numeral 1 del art 365 C.G.P. dispone: *“Se condenara en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión, que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*

Así bien, frente a las costas del proceso el *A Quo* sustentó condenar en costas a las demandadas porque considero que se causaron, y decidió que serían condenadas las partes demandadas, por lo anterior no se encuentra contradicción alguna con la normativa del Código General del Proceso.

En consecuencia se despacha desfavorablemente la súplica del recurrente.

**COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

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

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

**RESUELVE**

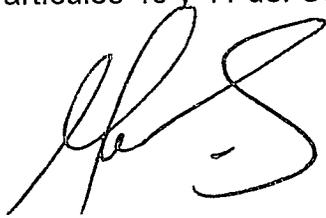
**PRIMERO: DETERMINAR** que los efectos emanados de los auto proferidos el 19 de septiembre de 2021 y 22 de noviembre de 2021, para todos los efectos se refiere a la demandante **ANA MARIA TORRES**

**FERNANDEZ DE CASTRO**, nombre real de la persona que interpuso la demanda.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de julio de 2021 por el juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Colfondos, y Colpensiones y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes.

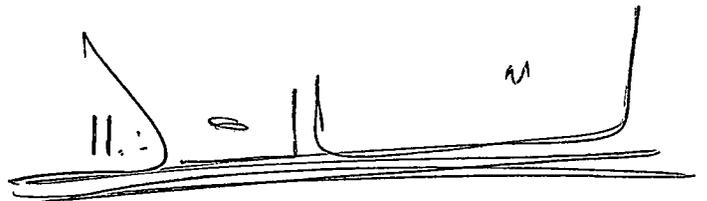
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310500220180019201)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310500220180019201)

Aclaro voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310500220180019201)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 07-2019-00274-01**

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

**DEMANDANTE: GLORIA ESPERANZA GUEVARA LOPEZ**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP COLFONDOS S.A.**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**  
**(COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería al abogado Simon Enrique Angarita Villamizar con tarjeta profesional No. 271.911 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.9)

La parte demandante (fls.12-17), la parte demandada Colpensiones (fls.6-8) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 15 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Gloria Esperanza Guevara Lopez instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Colfondos SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 2 medio magnético "01CuadernoPrincipal.pdf" pag 90" , con subsanación "01CuadernoPrincipal.pdf" pag 108, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

### Declaraciones:

1. Se declare la nulidad e ineficacia del traslado realizado a la demandante de Colpensiones (RPM) a Colfondos S.A. (RAIS), por existir un vicio en el consentimiento al momento de su afiliación al fondo privado.
2. Se declare que la afiliación de la demandante al RPM a cargo de Colpensiones es válida, vigente, sin solución de continuidad.
3. Se declare que la demandante nunca perdió el beneficio del régimen de transición de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.
4. Se declare que la demandante tiene derecho a que Colpensiones, le reconozca, liquide y pague pensión mensual de vejez de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y bajo el régimen anterior que le resulte más favorable.

### Condenas

1. Se condene a Colpensiones a aceptar y declarar vigente la vinculación de la demandante sin solución de continuidad.
2. Se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones, el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus rendimientos.
3. Se condene a Colpensiones a reconocer, liquidar y pagar pensión mensual de vejez a la demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y bajo el régimen anterior que le resulte mas favorable.
4. Se condene a Colpensiones a reconocer, liquidar y pagar el valor correspondiente al retroactivo pensional a que tiene derecho la demandante.
5. Se condene a Colpensiones a reconocer, liquidar y pagar el valor correspondiente a la indexación causada sobre el valor del retroactivo pensional a que tiene derecho la demandante.

6. Se condene a Colpensiones a reconocer liquidar y pagar los intereses moratorios causados sobre la anterior suma de dinero, desde cuando la sentencia quede en firme y hasta cuando se verifique el pago total de la obligación.
7. Se condene a las partes demandadas al pago de las costas procesales que se causen en el proceso.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: Colfondos (fl.2 "08.ContestacionAnexos20200923.pdf"), y Colpensiones (fl.2 "01CuadernoPrincipal.pdf" página 124) de acuerdo al auto del 2 de mayo de 2019, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 7 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 24 de mayo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora Gloria Esperanza Guevara Lopez con la AFP Colfondos el 28 de febrero de 1997 contenida en el formulario N° 061564. **ORDENÓ** a Colfondos S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora Gloria Esperanza Guevara Lopez, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM administrado por Colpensiones. **ORDENÓ** que Colfondos también debe incluir y devolver todos los gastos de administración, comisiones o cualquier otro emolumento que se hubiesen descontado de los aportes pensionales a la señora demandante, mientras sostuvo su afiliación vigente con Colfondos, valores que deben ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados a título de la actualización monetaria. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir a la señora demandante sin solución de continuidad, como su afiliada del régimen de prima media con prestación definida, desde su afiliación inicial al régimen de prima media a través de Cajanal en 1983. **ORDENÓ** a Colpensiones se liquidar y pagar la pensión de vejez de la señora demandante conforme a los lineamientos estipulados en el Acuerdo 049 de 1990 Por ser beneficiaria del régimen de transición. **DECLARÓ** parcialmente probada la excepción de prescripción respecto al reconocimiento pensional, en virtud que se declaran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 19 de febrero de 2016 y se declaran no probadas las restantes excepciones. **CONDENÓ** en costas a Colfondos y las agencias en derecho se tasan

a favor de la demandante en dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

## RECURSO DE APELACIÓN

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

Pide tenerse en cuenta que, como se declaró la nulidad del traslado que efectuó la señora demandante, la señora Gloria en el año 97 y que dentro de la resolución de la sentencia emitida también por parte del juzgador de instancia se declaró que la demandante conservaba el régimen de transición, dentro de los procesos que también se han surtido sobre la misma causa, referenciando las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, la SL 31 de 2007 con radicado número 27465, el cual tiene adoctrinado que el régimen de transición no se recupera por razón de edad, pues la única posibilidad permitida es por la razón del tiempo de servicio, al tener 15 años de servicios cotizados, y dice que teniendo en cuenta que la señora demandante comenzó a cotizar desde el 83 y que para el año 94 no contaba con esos 15 años de servicios cotizados, no es posible conservar el régimen de transición por adoctrinamiento directa y expresa del órgano de cierre, nuestra honorable Corte Suprema de Justicia.

Pide tenerse en cuenta como argumento secundario a la prohibición que emerge de la ley 797 de 2003 teniendo en cuenta que la demandante solicitó retorno al régimen de prima media administrado por Colpensiones el 18 de mayo de 2018 y teniendo en cuenta el nacimiento de la demandante, el 15 de septiembre de 1957, dice que la demandante se encontraba en una prohibición legal descrita en el artículo dos de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13.

Sobre no acreditar los vicios del consentimiento, pide tenerse en cuenta que en el expediente no obra prueba alguna la cual demuestra que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, es error, fuerza o dolo.

Señala que no se está 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 la demandante y la AFP Colfondos. Señala también que la nulidad no se alegó dentro del término que refiere el artículo 1750 del Código Civil, el cual estipula un término de acción rescisoria que contempla cuatro años, y señala, que la señora demandante tenía un plazo desde abril de 1997 hasta el 2001 para poder acudir, aplicar o consagrar la acción rescisoria.

También pide tenerse en cuenta que existió una ratificación expresa o tácita, de sanear el presunto contrato y en el presente asunto la demandante saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento.

Señala que frente al deber de información, el Presidente de la Corte Suprema utiliza como norma para la aplicación del deber de información el decreto 663 de 1993, sin embargo dice, este deber solo se materializó a través de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, por lo cual los fondos cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar conocimiento libre y voluntario, sin presiones e informado y asentimiento del afiliado al respecto. Indica que las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación en donde estaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual, como dice, se refleja en el proceso.

En este sentido, solicita al honorable Tribunal, también por vía de consulta se adecúe y se estudie el tema del régimen de transición, pues sustenta que a su parecer, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no acude a que se conserve el régimen de transición.

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el (la) señora **Gloria Esperanza Guevara López** el día 28 de febrero de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Colfondos S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM; **3.** Si el demandante tiene derecho o no al reconocimiento pensional.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos el 28 de febrero de 1997 con efectividad a partir del 1° de abril de 1997, (fl.2 "08.ContestacionAnexos20200923.pdf" pagina 100 SIAFP).

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

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de

unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

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

3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Colfondos SA apporto: certificado de existencia y representación legal, SIAFP, estado de afiliación, documentos identificación apoderado y representante legal.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de febrero de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 28 de febrero de 1997, la demandante tenía 652,43 semanas (fl.2 "23.PeriodosCotizadosCofondos" página 6), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 36 años (nació el 17 de septiembre de 1957 – fl.2 "01.CuadernoPrincipal.pdf" fl 43) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2014 (Actualmente ha cotizado más de 1476,43 semanas fl.2 "23.PeriodosCotizadosCofondos" página 6), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

Conforme al punto de apelación de la demandada Colpensiones, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

*(...)Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)*

Con relación a lo manifestado por la demandada Colpensiones, conforme a que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación y que por lo mismo no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto,*

*cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer rétroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación.

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **Gloria Esperanza Guevara Lopez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos S.A el 28 de febrero de 1997.

### **RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ:**

Ahora bien, el Juez de instancia condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor de la demandante, de conformidad con lo establecido en el acuerdo 049 de 1990, una vez se acredite el retiro del sistema.

Teniendo en cuenta lo anterior, es del caso resaltar que, solo será objeto de estudio por parte de la accionada **COLPENSIONES** el reconocimiento de la pensión de vejez, cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la totalidad de datos y dinero de la demandante en el régimen de prima media.

Lo anterior, como quiera que si bien dentro del RPM es menester exigir para el reconocimiento de cualquier prestación el retiro del sistema previamente por parte del afiliado, lo mismo ocurre en el caso bajo estudio, pues es indispensable que los aportes de la afiliada se encuentren debidamente reflejados en el reporte de historia laboral dentro del régimen de prima media, a efectos que Colpensiones pueda analizar su situación particular con datos concretos, y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra la demandante.

En consecuencia, se **REVOCARÁ** el numeral quinto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES respecto del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el acuerdo 049 de 1990, a favor de la aquí demandante.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

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

Dadas las resultas del proceso, sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** el numeral quinto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES respecto del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el acuerdo 049 de 1990, a favor de la aquí demandante.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la decisión de primera instancia, sentencia proferida el 24 de mayo de 2021 por el juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

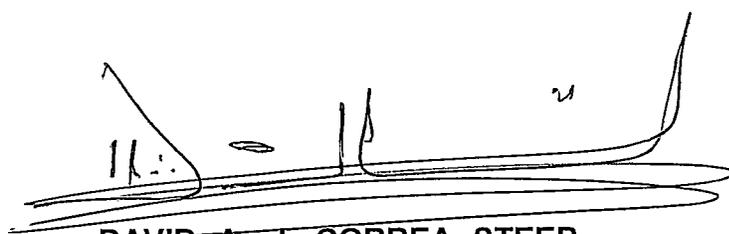
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310500720190027401)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310500720190027401)

*Aclaro Voto!*



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310500720190027401)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 08-2019-00616-01**

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

**DEMANDANTE: NELLY BUSTOS SIERRA**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP COLFONDOS S.A.**  
**AFP PROTECCIÓN S.A.**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP**  
**PROTECCIÓN Y COLPENSIONES) // CONSULTA**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Protección y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de agosto de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS con tarjeta profesional No.221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.132)

La parte demandada Protección SA, Colpensiones (fls.128 ss.) presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 5 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) Nelly Bustos Sierra instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Colfondos SA, AFP Protección SA y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 2, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

1. Se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó el día 26 de marzo de 2002 la demandante del ISS, hoy Colpensiones, al RAIS administrado por Santander, hoy Colfondos S.A., por la indebida y nula información que suministro el fondo privado a la demandante, para convencerla que se trasladara de régimen pensional, toda vez que no se le brindó información veraz, completa, y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones, omitiendo su deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. Dando aplicación a lo establecido por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, mediante sentencia radicado SL 17595 del 18 de octubre de 2017; SL 782 del 14 de marzo de 2018 y SL 1452-2019 por vulnerar el artículo 13 literal e de la ley 100.
2. Se declare que la única afiliación válida de la demandante ha sido la efectuada al RPM administrado hoy por Colpensiones.
3. Se ordene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes que la demandante tenga en su cuenta de ahorro individual, esto es, con todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y comisiones cobradas con todos los frutos e intereses legales.
4. Se condene en costas y gastos del proceso a las demandadas.
5. Las demás condenas extra y ultra petita que se prueben a lo largo del proceso.

### **ONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contesto la demanda: Colfondos (fl.53), y Colpensiones (fl.38-44) de acuerdo al auto del 9 de septiembre de 2021. Protección (fl.66-84) fue vinculada al proceso en audiencia de 21 de septiembre de 2020. Colpensiones y Protección se oponen a las pretensiones de la demandante y propone excepciones de mérito. Colfondos se allana a las pretensiones.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 08 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 18 de agosto de 2021, **DECLARÓ** Declarar la ineficacia del traslado de la señora Nelly Bustos Sierra, realizado al régimen de prima media, acaecido el 2 de junio de 1998. **CONDENÓ** a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional de la señora Nelly Bustos Sierra. **CONDENÓ** a las demandadas Colfondos y Protección a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la Sra. Nelly Bustos, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses, de conformidad con las tradiciones de que trata el artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión a la lógica en materia laboral, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado. **CONDENÓ** a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelvan Colfondos y Protección y que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, efectuando todos los ajustes en la historia personal de la actora. **NO CONDENÓ** en costas en esta instancia ante su no causación. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Protección S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

#### **Gastos de administración**

Presenta el recurso de apelación de manera parcial y, concretamente, en contra de la orden impartida a Protección de trasladar con destino a Colpensiones lo correspondiente a los gastos de administración y seguro previsional, sustentado en lo siguiente:

Dice que es claro que conforme a la línea jurisprudencial que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, el efecto que se persigue a través de la declaración de la ineficacia del traslado

del régimen pensional de la actora, es asumir que el mismo nunca existió y que en contraposición la señora se mantuvo vinculada manera ininterrumpida al fondo de pensiones administrado por hoy Colpensiones.

Argumenta que siendo eso lo pretendido, entonces se debe buscar una condena que resulte congruente con el efecto que se persigue, mencionado anteriormente; por ello entonces, sugiere respetuosamente ubicarse en uno de dos panoramas que entre sí resultan excluyentes:

El primero, asumir que, en efecto, la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual no existió y, en consecuencia, no se han causado rendimientos en su cuenta de ahorro individual, tampoco se cobró lo correspondiente a una cuota de administración y tampoco un seguro previsional, por ello, entonces habría lugar a trasladar con destino a Colpensiones las cotizaciones íntegras sin haber lugar a traslados por concepto de rendimientos.

El segundo panorama que expones, es asumir igualmente que la afiliación de la demandante al RAIS no existió, pero que los rendimientos se hubieran generado en los mismos términos si la demandante hubiera mantenido su vinculación activa al régimen de prima media, por ello, entonces sería pertinente tener en cuenta que, igualmente Colpensiones, en su momento, el Instituto de los seguros Sociales hubiera descontado lo correspondiente a los gastos de administración o al seguro previsional.

Por lo anterior señala, sería procedente de trasladar con destino a Colpensiones lo correspondiente al capital de la demandante, junto con los rendimientos, pero sin haber lugar a condenas por concepto de gastos de administración o seguro previsional. Reitera que se plantean estos dos panoramas con la finalidad de llegar a una condena que resulte congruente con el efecto que se persigue.

Pide tener en cuenta además, que la demandante ya no se encuentra vinculada al fondo Protección y, en consecuencia, el fondo no dispone de saldos a favor suyo que se le adeuden a otras AFP, por ello dice que el primer panorama, la primera opción que se planteó resulta improcedente y sería lo congruente, trasladar lo correspondiente a rendimientos junto con capital sin haber condena por concepto de gastos de administración o seguro previsional.

Señala otro argumento para sustentar el recurso, y es lo pertinente a la aplicación de la consecuencia jurídica de la inexistencia, dice que no hay lugar a aplicar esta consecuencia jurídica a unas circunstancias si o unas circunstancias no, respecto de la afiliación de la demandante, cuando debería aplicarse de manera uniforme el mismo criterio.

Manifiesta que si se aplica de manera uniforme la condición de la inexistencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, se tiene que ella nunca estuvo en este régimen y, en consecuencia, nunca se han generado los rendimientos

que ahora se disponen en su cuenta de ahorro individual, por ello entonces dice que hay lugar a las restituciones mutuas.

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

Solicita sea revocada la sentencia en su totalidad por la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá. Sustenta el recurso en el argumento que, Colpensiones no comparte la valoración y el análisis que realizó el despacho al interrogatorio de parte de la demandante.

Manifiesta que la señora juez hace alusión a que, si bien es cierto se presentaron algunas inconsistencias y contradicciones en la declaración de parte de la demandante, de la declaración no se puede concluir que hubo una confesión y que la demandante fue plenamente asesorada por parte de Davivir, hoy Protección. Considera Colpensiones que la demandante, además de ser incongruente en su declaración, demostró que sí conocía características del régimen de ahorro individual que lo diferencian del régimen de prima media, lo relacionado con el hecho de obtener una pensión anticipada sin tener que cumplir un requisito de edad, la posibilidad de la generación de rendimientos financieros, la posibilidad de heredar los saldos de su cuenta pensional en caso de fallecimiento, que el hecho de tener que cumplir un requisito de capital, que manifiesta la demandante, que se necesitaba en un fondo privado.

Plantea que lo anterior es demostración de que la demandante si conocía características del régimen pensional al cual se iba vincular y que lo diferencian claramente del régimen pensional al cual venía afiliada, eso en cuanto a que cuando se le pregunta a la demandante requisitos para adquirir la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional, ella dice que, en prima media, son requisito "equis" semanas, dice que en el régimen de ahorro individual no conoce los requisitos, pero posteriormente dice que le habían hablado que necesitaba cumplir un requisito de un capital para poderse pensionar.

Considera que si hubo una asesoría por parte de Davivir, tal vez no de acuerdo a las exigencias jurisprudenciales que existen hoy en día, pero sí de acuerdo a las exigencias normativas de la época en las cuales en ningún momento se exigía a las administradoras de pensiones realizar escenarios comparativos de características de uno u otro régimen pensional, porque el deber de información vigente para la época no imponía tal exigencia.

Expresa que no sería dable pretender que los fondos de pensiones demuestren y acrediten el cumplimiento de obligaciones que no estaban vigentes y que no eran exigibles para el momento, en este caso, de la demandante en el año 98, cuando realiza el acto de traslado del régimen, y en la misma medida dice que la señora juez indica que no hay medios probatorios, medios de convicción diferentes al interrogatorio de parte de la demandante del cual se pueda acreditar el cumplimiento de las obligaciones por parte de Davivir.

Menciona que si bien es cierto la señora juez hace alusión a que no se requiere eminentemente una prueba documental, sino que se puede acreditar el cumplimiento de dichas obligaciones con cualquier medio probatorio, considera Colpensiones que aun así, con esa salvedad resulta una carga imposible acreditar por parte de las entidades demandadas en primera medida, porque para el año en que la demandante se traslada de régimen pensional, únicamente las AFP estaban obligadas a que el potencial afiliado suscribiese el respectivo formulario de afiliación.

Por otra parte señala que, no se obligaba a documentar la asesoría de traslado y en tercera medida, el traslado del régimen de la demandante se realizó hace más de 20 años, de forma que, probablemente, no se cuenta con la información y con la declaración del asesor de la época, ni con la declaración de algún tercero que pueda decir qué tipo de información se brindó.

Pide tener en cuenta que, en este caso, ni siquiera fue Protección directamente quien realizó el traslado de régimen, sino fue un fondo de pensiones, Davivir, que posteriormente por fusión adquiere Protección las obligaciones de dicho fondo de pensiones, y dice que resulta imposible acreditar probatoriamente así no sea con un documento, como hace la salvedad la señora juez, que se dio información completa y veraz a la demandante al momento de su traslado de régimen pensional.

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Davivir hoy AFP Protección SA efectuado por el (la) señora **Nelly Bustos Sierra** el día 2 de junio de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Colfondos S.A. y AFP Protección S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Davivir hoy AFP Protección el 2 de junio de 1998 con efectividad a partir del 1° de agosto de 1998 (fl.92), y finalmente se trasladó a la AFP Colfondos el día 26 de marzo de 2002 (fl.26).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco

condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Colfondos SA no aportó documentos. AFP Protección aportó: formulario vinculación, pantallazo aplicativo AS400, movimientos en la cuenta de ahorro individual, certificado SIAFP, políticas de asesoramiento para ejecutivos comerciales, concepto de la Superintendencia Financiera No 2015123910-002 y comunicado de prensa del año de gracia.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 2 de junio de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la

ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 2 de junio de 1998, la demandante tenía 191,57 semanas (fl.27), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 8 de febrero de 1965 – fl.25) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2022 (Actualmente ha cotizado más de 1261,86 semanas fl.27), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Protección S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración y primas de seguros, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Protección S.A.

Con relación a lo manifestado por la demandada Colpensiones, conforme a que del interrogatorio de parte del demandante se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que recibió la información, que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación y no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que por lo mismo no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para*

*esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación. Igualmente no se puede deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante.

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **Nelly Bustos Sierra** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos S.A el 2 de junio de 1998.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

**COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

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

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 18 de agosto de 2021 por el juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Protección y Colpensiones y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes.

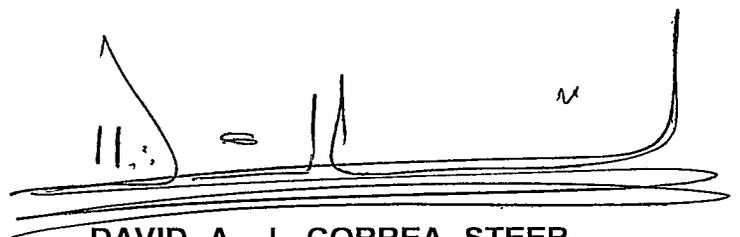
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310500820190061601)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310500820190061601)

Aclaro Voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310500820190061601)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador  
Radicación No. 11-2017-00099-01**

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

**DEMANDANTE: CARLOS EDUARDO BARON CASTAÑEDA**

**DEMANDADO: AFP PROTECCIÓN SA  
AFP PORVENIR S.A.  
AFP COLFONDOS SA  
COLPENSIONES**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA (AFP  
PROTECCION SA Y COLPENSIONES) CONSULTA  
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Protección S.A., y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandada Protección S.A y Colpensiones (fls. 362 ss) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 15 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) Carlos Eduardo Baron Castañeda instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, AFP Protección, AFP Porvenir y AFP Colfondos SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 con subsanación a folios 97, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**Declaraciones**

1. Se declare nula la afiliación efectuada al RAIS a nombre del demandante, realizada y promovida por AFP Colfondos.
  2. Se declare que todas las afiliaciones posteriores que hubiere efectuado el demandante en el RAIS carecen de validez jurídica.
  3. Se declare que la demandante nunca dejó de pertenecer al RPM.
  4. Se declare que el demandante es beneficiario del régimen de transición, acorde con lo previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.
  5. Se declare que el demandante, por ser beneficiario del régimen de transición tiene derecho al reconocimiento de su pensión de vejez a partir del día siguiente al último aporte, aplicando lo dispuesto por el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año, régimen de transición.
  6. Se declare que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993.
1. Se condene a Colfondos S.A., como la administradora de pensiones actual en la que se encuentra afiliado el demandante, a devolver a Colpensiones, la totalidad de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos.
  2. Se condene a Colpensiones a reconocer el pago de la pensión de vejez del demandante, aplicando el decreto 758 de 1990, régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.
  3. Se condene a Colpensiones a cancelar a favor del demandante el retroactivo resultante desde el día siguiente al último aporte.
  4. Se condene a Colpensiones a reconocer el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993.
  5. Se condene a las administradoras de pensiones demandadas sobre las demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.
  6. Se condene a las entidades demandadas al pago de las costas que se causen con ocasión del proceso.

**CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contestaron la demanda AFP Porvenir S.A. (fls.144-152), AFP Colfondos SA (fl.177-205), Colpensiones (fl.161-170) y AFP Protección S.A (fl.219-241) de acuerdo al

auto del 6 de abril de 2017. Se oponen a las pretensiones del (de la) demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 18 de mayo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del ciudadano Carlos Eduardo Barón Castañeda a Colfondos S.A. pensiones y cesantías, suscrito el 18 de diciembre de 1995. **DECLARÓ** que para todos los efectos legales el aquí demandante, Carlos Eduardo Barón Castañeda, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **CONDENÓ** a la AFP Protección SA, sociedad con la cual el actor mantiene, en la actualidad, vigente su afiliación, trasladar a Colpensiones todos los valores que obren en su cuenta de ahorro individual, tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración, lo anterior en los términos del artículo 1746 del Código Civil y en conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia. **ORDENÓ** a Colpensiones a admitir el traslado del demandante, Carlos Eduardo Barón Castañeda, con sus aportes al régimen de prima media con prestación definida **DECLARÓ** que el demandante, Carlos Eduardo Barón Castañeda, es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. **CONDENÓ** a Colpensiones al reconocimiento y pago de una prestación económica por el riesgo de vejez que trata el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de esa misma anualidad a favor del demandante, Carlos Eduardo Barón Castañeda, reconocimiento que se deberá reconocer, a partir del, o efectuar su pago a partir del momento en que se en que este último acredite el retiro definitivo del sistema, prestación pensional que deberá reconocerse por 13 meses al año como a los incrementos de ley. **AUTORIZÓ** el descuento por los aportes correspondientes al sistema general de Seguridad Social en salud por parte de Colpensiones, de conformidad con el retroactivo que haya lugar a pagar. Adicionó, toda vez que omitió respecto de los intereses moratorios deprecados y que es la pretensión que no sale avante. Una vez está el reconocimiento pensional, indica que nada se ha dicho de los intereses moratorios, señala que debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos intereses moratorios son procedentes cuando la entidad presente una Mora para el reconocimiento de la prestación económica que deprecia su afiliado, y denota que este reconocimiento se está haciendo, en primera medida, a partir de una declaración de una ineficacia y,

consecuentemente, el traslado de dichos fondos o que obra de los fondos cobrar en la cuenta de ahorro individual del aquí demandante. Indica en segunda medida, que no existe una solicitud formal ante Colpensiones que pueda generar en esta mora y que a raíz o a causa de esta mora en la resolución del reconocimiento, se puedan generar dicho reconocimiento de los intereses moratorios, por lo tanto, se niega dicha pretensión. **ABSOLVIÓ** de las demás pretensiones incoadas en su contra a la administradora colombiana de pensiones – COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de la presente sentencia. **DECLARÓ** no probados los hechos sustento de las excepciones planteadas por la pasiva, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia. **CONDENÓ** a las demandadas AFP Colfondos SA, Porvenir SA y Protección al pago de las costas, por Secretaría, incluidas en ellas la suma de \$1'800.000 a razón de \$600.000 por cada una de las entidades, de conformidad con lo señalado en el acuerdo 10554 de agosto del año 2016, teniéndose en cuenta el valor que se estiman las agencias en Derecho. **ORDENÓ** el grado jurisdiccional de consulta.

### RECURSO DE APELACION

La **parte demandada (Protección S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Presenta recurso de apelación parcial contra el numeral tercero de la provincia, en lo que corresponde a la devolución de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin la posibilidad de hacer descuento por gastos de administración y primas previsionales.

Manifiesta que Protección intervino en este proceso como un tercero de buena fe, que recibió el traslado de régimen pensional que se había realizado con 9 años de anterioridad y que no solo se había realizado con 9 años de anterioridad, sino que ya había contado con sucesivos traslados entre administradoras del régimen de ahorro individual. Indica que primero estuvo vinculado con Colfondos, después estuvo vinculado con la AFP Porvenir, en su momento Colpatria, y posteriormente se vinculó con Protección, con lo cual, no le era dable a Protección desestimar dicha afiliación al a la luz de lo que establece el artículo 112.

Manifiesta que el descuento de los gastos de administración tiene como función remunerar esa gestión profesional que realiza Protección en la cuenta de ahorro individual del accionante e indica que muestra de ello es que esa cuenta de ahorro individual ha generado unos rendimientos financieros que en la actualidad le permitirían gozar de una mejor situación pensional, o que incrementan el saldo o el del monto sobre el cual se liquidaría se liquidarán sus mesadas pensionales.

Indica que si la consecuencia de la ineficacia, era devolver dichos gastos de administración, la forma correcta de haberlo hecho era que si le corresponde a Protección a devolver dichos gastos de administración, se le reintegraran los gastos correspondientes a los rendimientos financieros que generó, pues expresa que con dichos gastos de administración se remunerarán las gestiones correspondientes a la obtención de dichos gastos.

Manifiesta también, que en lo que corresponde a los gastos para destinados al cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte, estos se descuentan de manera mensual y tienen como único propósito cubrir una eventual pensión de invalidez o de sobrevivientes y en el caso concreto, señala que se venían descontando estos gastos desde la vinculación del accionante con Protección en el año 2004 hasta la actualidad, y señala que obligarla o conminarla a que los retornos serían tanto como manifestar que dichos riesgos no se encontraron cubiertos y por el contrario, dichos riesgos se han encontrado cubiertos y habrían dado lugar a las prestaciones económicas correspondientes, de haberse generado el riesgo cubierto.

Expresa que si se le ordena a Protección descontar las primas que se han pagado por estos gastos sería tal como indicar que en un contrato de seguro si no acaece el riesgo que se ha asegurado, debe el tomador recibir nuevamente las primas que vino pagando de manera periódica para el cubrimiento de dicha contingencia. Señala que son saldos que se encuentran o que no tiene Protección en este momento y que ya se consumieron durante el tiempo en que se realizó esa vinculación, con lo cual manifiesta que, Protección en el caso solo podría devolver lo que corresponde al aporte, que es el 11% del 11,5% de ese 16 total que recibe más lo que corresponde al saldo del 1.5% del fondo de Garantía de la Pensión mínima.

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

Solicita que el honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral, revoque la decisión tomada y en su lugar absuelva a Colpensiones.

Señala que no se encuentra de acuerdo con la tesis del despacho, indica que el traslado efectuado por el demandante al RAIS tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado suscrito por el demandante en 1995 al fondo de pensiones Colfondos, en el 2000 al fondo de pensiones Porvenir y en el 2004, finalmente, a Protección, en la omisión de información vital para haber efectuado el cambio del traslado no tiene vocación de prosperidad por adolecer de la aplicación de la causal de nulidad, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1508 del Código Civil, los del cual se dispone que debe o se debieron atender a vicios de consentimiento, como lo son el error, fuerza y dolo.

Manifiesta que el demandante no está amparado al régimen de transición, pues al trasladarse perdió el mismo y, por tanto, no puede regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo. Indica que debió hacerlo cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir los requisitos de edad y señala que a la fecha, el señor Carlos cuenta con 67 años de edad, cumpliendo con el requisito de edad y por ende reitera, que no puede regresar al régimen administrado por Colpensiones.

Pide atender a la sostenibilidad financiera. Indica que como lo ha manifestado en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional, si el RAIS se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez haya cumplido los requisitos de edad y número de semanas para obtener una pensión mínima, independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona que cuenta ya con los requisitos para pensionarse se beneficie, resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no solo al concepto de constitucionalidad de equidad, establecido en el artículo 95 de la Constitución Política, sino también el principio de eficiencia profesional, cuyo propósito dice, consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios que dan el derecho a la Seguridad Social.

Solicita al honorable Tribunal que, en caso de no acogerse a los argumentos expuestos, y en consecuencia la sala confirme la providencia objeto de alzada, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la administradora colombiana de pensiones previo el cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante por el fondo de pensiones, como lo son: las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas del Fondo de Garantía de pensión mínima y gastos de administración y los demás a los que hubiera lugar, los cuales deben ser debidamente indexados por el período que perteneció el afiliado a los fondos privados como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo, hasta tanto el fondo de pensiones, reintegro de los recursos y actualice los datos del demandante en la respectiva base de datos.

Adicionalmente solicita a los honorables magistrados de la sala la no condena en costas a Colpensiones, toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato suscrito entre dos partes ajenas a Colpensiones.

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad

administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el(la) señor(a) **Carlos Eduardo Barón Castañeda** el día 18 de diciembre de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Protección S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado al RPM. **3.** Si el demandante tiene derecho o no al reconocimiento pensional.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos SA el 18 de diciembre de 1995 con efectividad a partir del 1 de enero de 1996, posteriormente solicito traslado a la AFP Colpatria, hoy AFP Porvenir S.A. el 27 de octubre de 1998 con efectividad a partir del 1 de diciembre de 1998, después solicitó retornar a la AFP Colfondos SA el 23 de diciembre de 1999 con efectividad a partir del 1 de febrero de 2000, luego solicito traslado a la AFP Horizonte, hoy AFP Porvenir S.A. el 23 de agosto de 2001 con efectividad a partir del 1 de octubre de 2001, solicito traslado a la AFP Colfondos S.A. el 26 de junio de 2002 con efectividad a partir del 1 de agosto de 2002 y finalmente se trasladó a AFP ING hoy AFP Protección S.A. el 28 de enero 2004 con efectividad a partir del 1 de marzo de 2004 (fl.244)

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a

los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

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

financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda, Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir S.A. apporto: Formularios de afiliación, SIAFP, relación de aportes a porvenir, edicto emplazatorio El Tiempo. AFP Colfondos S.A. apporto: Certificado existencia y representación, Formularios de afiliación, historial SIAFP, Artículo diario El Tiempo. AFP Protección S.A. apporto: formulario de afiliación, historial SIAFP, contestación a derechos de petición, historia laboral.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 18 de diciembre de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 18 de diciembre de 1995, el(la) demandante tenía 742,43 semanas (fl.287) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 40 años (nació el 5 de octubre de 1953 – fl.20) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad

podría pensionarse en el año 2015 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.556,72 semanas – fl.287), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, de tal manera que para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

Ahora bien, conforme el punto de apelación de la demandada Colpensiones con relación a que las afiliaciones del demandante a los diferentes fondos tienen plena

validez, y que no existen vicios de consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

*(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...)*

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Protección S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias*

*utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Protección S.A.*

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Carlos Eduardo Baron Castañeda** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Colfondos el 18 de diciembre de 1995.

#### **RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ:**

Ahora bien, el Juez de instancia condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor del demandante, de conformidad con lo establecido en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de 1990.

Teniendo en cuenta lo anterior, es del caso resaltar que, solo será objeto de estudio por parte de la accionada **COLPENSIONES** el reconocimiento de la pensión de vejez, cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la historia laboral detallada así como la totalidad de los aportes del demandante en el régimen de prima media.

Lo anterior, como quiera que si bien dentro del RPM es menester exigir para el reconocimiento de cualquier prestación el retiro del sistema previamente por parte del afiliado, lo mismo ocurre en el caso bajo estudio, pues es indispensable que los aportes del afiliado se encuentren debidamente reflejados en el reporte de historia laboral dentro del régimen de prima media, a efectos que Colpensiones pueda

analizar su situación particular con datos concretos, y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra el demandante.

En consecuencia, se **REVOCARÁ** el numeral sexto, y en consecuencia el numeral séptimo de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES respecto del reconocimiento de la pensión de vejez, a favor de la aquí demandante.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

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

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Protección SA. y Colpensiones, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

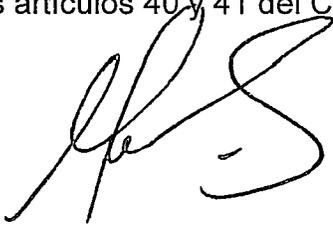
#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** **REVOCAR** el numeral sexto y séptimo de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES respecto del reconocimiento de la pensión de vejez, a favor de la aquí demandante.

**SEGUNDO:** **CONFIRMAR** en lo demás la decisión de primera instancia, sentencia proferida el 18 de mayo de 2021 por el juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las partes demandadas Protección y Colpensiones y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes.

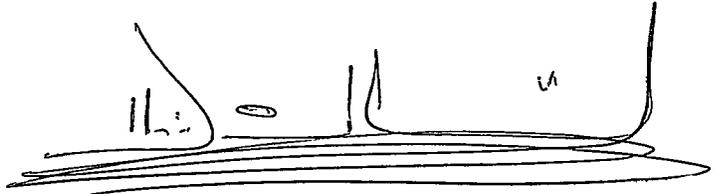
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310501120170009901)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310501120170009901)

Aclaro Voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310501120170009901)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 12-2019-00609-01**

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

**DEMANDANTE: LUZ GABRIELA BARRIGA LESMES**

**DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PROTECCION S.A.  
AFP SKANDIA S.A  
AFP COLFONDOS S.A.**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP  
PROTECCION, AFP COLFONDOS, Y COLPENSIONES) //  
CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colfondos, Protección, y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de agosto de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada Alida Del Pilar Mateus Cifuentes con tarjeta profesional No.221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.287)

La parte demandante (fls274-276), la parte demandada Protección S.A. (fls.311-312) Colpensiones (fls.280-21) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 20 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) Luz Gabriela Barriga Lesmes instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Protección SA, AFP Colfondos S.A AFP Skandia S.A. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 3, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad del acto de afiliación ilegalmente registrado, por medio del cual se trasladó a la señora demandante del RPM que administra Colpensiones, al RAIS que administran los fondos de pensiones y cesantías Colfondos S.A., Davivir S.A. hoy Protección S.A., y Skandia S.A., atendiendo al error y a la falta de información bajo el cual se suscribió la afiliación al RAIS.
2. Se declare para todos los efectos legales, que la señora demandante nunca estuvo afiliada al RAIS que administra Colfondos S.A., Protección S.A., y Skandia S.A.
3. Se declare, como consecuencia de la declaratoria de nulidad, que debe quedar inscrita en el RPM administrado por Colpensiones.
4. Se condene a Colpensiones a aceptar el traslado de régimen pensional de la demandante que fue radicado formalmente en esa administradora el 28 de junio de 2019, procediendo entonces a inscribir a la peticionaria en el RPM que administra esta entidad, atendiendo a que es la única administradora del RPM legalmente facultada en la actualidad para recibir la afiliación de la demandante.
5. Se condene a Skandia S.A., a trasladar a Colpensiones, el valor total de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la afiliada cotizante señora Luz Gabriela Barriga Lesmes.
6. Se condene a las demandadas al pago de las agencias en derecho y las costas del presente proceso.
7. Se condene extra y ultrapetita.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.134-143), Protección S.A.(fls.164-172), Skandia-Old Mutual (fls.180-188), de acuerdo al auto del 4 de octubre de 2019, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito. Colfondos S.A. (fl.226-229) no se opone a las pretensiones.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 12 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 27 de agosto de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación realizada por la señora Luz Gabriela Barriga Lesmes al régimen de ahorro individual con solidaridad materializado el primero de julio de 1995 a través de Colfondos. **DECLARÓ** válidamente vinculada a la señora Luz Gabriela Barriga Lesmes al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por la administradora colombiana de pensiones Colpensiones. **CONDENÓ** a Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías a devolver a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Luz Gabriela Barriga Lesmes como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos, bonos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad. **CONDENÓ** a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a través de Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías, los costos cobrados por conceptos de administración con motivo de la afiliación de la señora Luz Gabriela Barriga Lesmes al régimen de ahorro individual con solidaridad durante el tiempo que permaneció en dicho fondo, incluidos los cobrados por ING y Davivir. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora Luz Gabriela Barriga Lesmes al régimen de ahorro individual con solidaridad y, una vez ingresen los dineros, a actualizar su información en la historia laboral. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **CONDENÓ** en costas a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y a favor de la demandante, incluyendo agencias en derecho, la suma de 2 millones de pesos. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

### RECURSO DE APELACIÓN

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

Solicita al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral, se sirva revocar la condena en la parte que ordena a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, a recibir a la señora Luz Gabriela Barriga como afiliada al régimen de prima media administrado por Colpensiones, en razón a que la misma se encuentra inmersa dentro de la prohibición de que trata el artículo 2° de la ley 797. Aunado a lo anterior, dice que los traslados que se efectuaron dentro del régimen de ahorro individual están asentados y tienen asidero jurídico dentro del literal E del artículo 13 de la Ley 100 del 93, en donde se consagra el derecho de escoger libremente el régimen pensional, al que se afilia.

Solicita revocar la condena en lo pertinente al retorno del régimen de prima individual de la demandante en razón a que, según dice, se configuraron actos de razonamiento dentro de el presente caso; actos de razonamiento consistentes en la suscripción de más de un formulario y en el traslado horizontal entre AFP, dando así el juego durante la permanencia dentro del régimen de ahorro individual, desde el año 95 hasta la fecha. Expresa que dichos traslados configuran actos de razonamiento que no son otra cosa que la exteriorización de la voluntad, por parte de la hoy demandante, de permanecer en el régimen de ahorro individual y que, llegado el momento de obtener una posible liquidación de un posible derecho pensional que le pudiese ser reconocido en el régimen de ahorro individual, el cual no resulta acorde a sus expectativas.

Manifiesta que lo anterior contraría lo especificado en la aclaración de voto de la sentencia 1452, en donde el doctor Rigoberto Echeverri Bueno manifiesta que no es posible retrotraer la situación jurídica de un afiliado cuando su plan de pensión no se ajusta a sus expectativas, situación que se confiesa en el interrogatorio de parte por parte de la demandante, en donde manifiesta que la intención de retornar al régimen de prima media es recibir una mesada pensional onerosa, razón por la cual se configura un detrimento a los recursos de la seguridad social administrados por la administradora colombiana de pensiones; mesada pensional que señala, pudiese ser más alta en el régimen de ahorro individual, si se hubiesen utilizado las herramientas que conoce la actora.

Pone de presente que la afiliada al régimen de ahorro individual se trata de una abogada y que como consumidora financiera del sistema pensional ante la suscripción de este documento, como lo es el formulario de afiliación, el mismo no la excusa de ejercer sus deberes como consumidora financiera, esto es, utilizar los canales de consulta que se establecen para brindar por parte de las AFP información acerca de los posibles derechos pensionales o de la posible situación pensional que pudiese llegar a ostentar la señora Luz Gabriela.

Finalmente, solicita revocar la condena y tener en cuenta lo plasmado en la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia en cuanto a los actos de relacionamiento que dice se configuran a todas luces y son evidentes en el caso.

La **parte demandada (Colfondos S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

#### **Gastos de administración**

Solicita tenerse en cuenta que los costos de administración fueron descontados mediante autorización legal conforme a la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994 en su artículo 39; dichos emolumentos se descontaron en pro y beneficio de la señora demandante, como quiera que se benefició durante todo el tiempo de permanencia en que estuvo afiliada a Colfondos, como quiera que se le generarán rendimientos y estuvieron cubiertos por unos riesgos de invalidez y sobrevivientes.

Dichos dineros ya fueron acaecidos y pretende hoy en día, mediante el presente fallo, desconocer el trabajo que desempeño Colfondos y, asimismo, desconocer las coberturas que tuvo la señora demandante.

#### **Condena en costas**

Solicita que sean revocadas, considera que es una suma algo exorbitante en atención a que, desde el comienzo, de la concesión de la demanda, Colfondos no puso oposición frente a las pretensiones comoquiera que no contaban con el material como lo exige la Corte Suprema de Justicia.

Recuerda que las agencias en derecho corresponden a una contraprestación por los gastos en que se incurre para ejercer la defensa legal y los intereses dentro del proceso judicial, en atención a la acción realizada por el apoderado de la parte demandante. Señala que dentro del presente proceso no se observa mayor esfuerzo, teniendo en cuenta que no es un proceso que tiene cuantificación de cuantía, sino es un proceso que tiene una declaratoria de un estado y por tal motivo dice no existió mayor ejercicio por parte de la actora o por parte de su representante judicial, comoquiera que se notificó a Colfondos en debida forma, concurrió a dar respectiva notificación y contestación conforme a la ley.

La **parte demandada (Protección S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

#### **Gastos de administración**

Presenta recurso de manera parcial en lo que versa la devolución de gastos de administración. Pide tener en cuenta que la comisión de administración que cobran las

administradoras de fondos de pensiones por administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, de ese aporte se descuenta un 3% del ingreso base de cotización que se destina a pagar los gastos de administración y seguro previsional a las compañías de seguros, descuentos que se encuentra autorizado debidamente por el artículo 20 de la Ley 100, el cual opera tanto para el régimen de prima media como para el régimen de ahorro individual.

Señala que en tal sentido, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada al fondo de pensiones Davivir y Protección, Protección ha administrado los dineros logrando un manejo rentable y seguro, mejorando la eficiencia y la optimización de los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado. Asimismo señala que ese porcentaje que se descontó por concepto de seguro previsional, el cual se cancela mes a mes a las compañías de seguros, se realizó con la finalidad de que en los casos en que se configurará el derecho a obtener el reconocimiento de la pensión, bien sea de invalidez o sobrevivencia, esta cancele el excedente para financiar la prestación económica.

Señala que lo anterior significa que no es procedente, que se condene a Protección a efectuar esa devolución de valores descontados por gastos de administración, teniendo en cuenta que los mismos ya fueron causados. Asimismo dice que a Protección no le es posible recobrarlos para devolvérselos a la AFP respectiva, toda vez que, en este caso, la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la afiliada y Protección.

Dice que se puede hablar de las prestaciones acaecidas, que no pueden desconocerse, sobre todo cuando se trata de negocios jurídicos, toda vez que, si se declara ineficaz la nulidad del traslado, conllevaría a restituir las cosas a su estado anterior, lo que implicaría que la afiliación nunca existió y por ende el afiliado también tendría que devolver los rendimientos de su cuenta de ahorro individual y el fondo de pensiones la Comisión de Administración a la afiliada, toda vez que el porcentaje por Comisión de Administración no se hubiese descontado, no se hubieran generado dichos rendimientos.

De otro lado, el traslado no es procedente respecto a los aportes y rendimientos de gastos de administración, ya que a raíz del traslado de la señora Luz Gabriela del fondo de pensiones a Colfondos, cuando retornó, por parte de Protección, procedió a trasladar de rubros a ese fondo, por lo que actualmente la cuenta de ahorro individual hay una inexistencia del capital acumulado.

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el (la) señora **Luz Gabriela Barriga Lesmes** el día 28 junio de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a

que AFP Colfondos, AFP Protección y AFP Skandia S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, se trasladó a la AFP Colfondos S.A. el 28 de junio de 1995 con efectividad a partir del 1° de julio de 1995, se trasladó a la AFP ING hoy Protección el 19 de junio de 1998 con efectividad a partir del 1° de agosto de 1998, retorno nuevamente a AFP Colfondos S.A. el 22 de marzo de 2002 con efectividad a partir del 1° de mayo de 2002, para finalmente trasladarse a la AFP Old Mutual hoy Skandia el 19 de diciembre de 2013 con efectividad a partir del 1° febrero de 2014 (fl.207)

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

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

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

decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Protección SA aportó: formulario de afiliación, respuesta a derechos de petición, reporte de estado de cuenta emitido por Protección, SIAFP. AFP Skandia SA aportó: copia formulario afiliación, historia laboral consolidada, historia OBP, estado de cuenta, documentos radicados ante AFP Skandia, respuestas a documentos radicados. AFP Colfondos SA aportó: estado de afiliación, historial SIAFP, formulario de afiliación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de junio de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 28 de junio de 1995, la demandante tenía 52,71 semanas (fl.78) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 24 años (nació el 13 de septiembre de 1969 – fl 70) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el año 2026 en el RPM, (actualmente ha cotizado más de 1125,29 semanas fl.78l), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Colfondos y AFP Protección S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: "Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a

devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Colfondos, y AFP Protección S.A.

Ahora bien, conforme el punto de apelación de la demandada Colpensiones, en relación al que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

*(...)Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)*”

Respecto a lo también expuesto por Colpensiones, en cuanto menciona que la demanda se encuentra motivada por un descontento en el valor de la mesada pensional y no en la falta de información, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

*(..)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con*

*solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...).”*

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Luz Gabriela Barriga Lesmes** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos S.A. el 28 de junio de 1995. , y en consecuencia los traslados posteriores entre los diferentes AFP.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

#### **COSTAS PRIMERA INSTANCIA:**

El apoderado de la parte demandada Colfondos, presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia mencionando que no existió mayor ejercicio por parte de la actora o por parte de su representante judicial, comoquiera que se notificó a Colfondos en debida forma, concurrió a dar respectiva notificación y contestación conforme a la ley.

La Sala debe precisar, la imposición de costas no es automática, debe demostrarse su causación, las etapas procesales y los argumentos del *A Quo* que lo llevan a tomar la determinación de fijar las costas. El numeral 1 del art 365 C.G.P. dispone: *“Se condenara en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión, que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*

Así bien, frente a las costas del proceso el *A Quo* sustentó condenar en costas a las demandadas porque considero que se causaron, y decidió que serían condenadas la parte demanda AFP Colfondos, por lo anterior no se encuentra contradicción alguna con la normativa del Código General del Proceso.

En consecuencia se despacha desfavorablemente la súplica del recurrente.

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

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Protección S.A., AFP Colfondos, y Colpensiones, habrá lugar a condenarlas en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 27 de agosto de 2021 por el juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Protección S.A., AFP Colfondos, y Colpensiones y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310501220190060901)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310501220190060901)

*Aclaro Voto!*  


**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310501220190060901)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 16-2018-00487-01**

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

**DEMANDANTE: SANDRA JUDITH FERREIRA RUIZ**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PROTECCION S.A.**  
**AFP SKANDIA S.A**  
**AFP COLFONDOS S.A.**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**  
**(COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada ( Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de julio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada María Alejandra Almanza Núñez con tarjeta profesional No.273.998 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.299)

La parte demandante (fls. 304), la parte demandada Colpensiones (fls.280) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 7 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Sandra Judith Ferreira Ruiz instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Protección SA, AFP Colfondos S.A AFP Skandia S.A. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 63, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

1. Se declare que la AFP Colfondos incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, y comprensible a la demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.
2. Se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación al RAIS efectuado por la demandante inicialmente a la AFP Colfondos, por entenderse que la falta de información parte de esta vició el consentimiento de la demandante.
3. Se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación al RAIS efectuado por la demandante inicialmente a la AFP Old Mutual, por entenderse que la falta de información parte de esta vició el consentimiento de la demandante.
4. Se declare que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por Colpensiones.

Condenas:

1. Se condene a AFP Colfondos a registrar en su sistema de información que la afiliación en pensión de la demandante es nula e ineficaz.
2. Se condene a AFP Old Mutual a registrar en su sistema de información que la afiliación en pensión de la demandante es nula e ineficaz.
3. Se condene a AFP Old Mutual, a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar.
4. Se condene a Colpensiones a activar la afiliación en pensión de la demandante.
5. Se condene a Colpensiones a recibir la totalidad de los aportes a pensión de la demandante, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar.

6. Se condene a las demandadas sobre los demás hechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.
7. Se condene a las demandas al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.86-91), Skandia-Old Mutual S.A. (fls.158-174), Colfondos S.A. (fl.183-199) de acuerdo al auto del 14 de noviembre de 2018, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito. Protección S.A. vinculado a juicio el 7 de enero de 2021, contesto la demanda (fl.237 "medio magnético") y se opone a las pretensiones.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 16 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 21 de julio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante, Sandra Judit Ferreira Ruiz, identificada con la cédula de ciudadanía número 51.715.370, y que tuvo lugar el día 15 de septiembre de 1994 por ante COLFODOS S.A. pensiones y cesantías. **CONDENÓ** a la administradora de fondos de pensiones y cesantías SKANDIA S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a la administradora colombiana de pensiones, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, incluyendo los intereses, frutos producidos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y, en general, toda suma que se haya recibido por concepto de las cotizaciones en favor de la demandante. **CONDENÓ** a Colpensiones a recepcionar los recursos provenientes de la condena impuesta en el numeral que antecede, reactivando así la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, el cual, se declara, es el único al que de manera válida se ha encontrado afiliada la demandante en materia de régimen pensional **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado. **CONDENÓ** en costas el monto de \$250.000 pesos, moneda corriente, como valor de las agencias en derecho a cargo de cada una de las demandadas. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

### RECURSO DE APELACIÓN

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

Solicita a los honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, que se adicione la sentencia proferida por el A-quo, en el sentido que si bien, se condenó a la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que se adicione la sentencia, en el sentido de dejar de forma expresa que la devolución se debe dar sin la posibilidad de descuentos por cuotas de administración por el fondo privado. Asimismo, que los valores deben ser devueltos, no solo por SKANDIA, sino por todos los fondos a los cuales estuvo afiliada a la señora Sandra desde el momento del traslado en el año 1994, es decir, tanto de COLFONDOS como de PROTECCIÓN por los tiempos en que la demandante estuvo afiliada a dichos fondos, teniendo en cuenta que durante dichas afiliaciones también se efectuaron descuentos de cuota de administración y, en este sentido, pues se solicitan dichos valores. Referencia para esto sentencias como la SL 17595 del 2017, la SL 4989 del 2018 y la SL 1421 del 2019, en la medida que con la decisión que tomó el despacho de declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta esto, se debe preservar el principio de equilibrio financiero del sistema y la reserva pensional en pro de proteger, precisamente, la sostenibilidad financiera del régimen de prima media, y en este sentido, pues se debe ordenar, no solo al último fondo al cual se encontraba afiliada demandante, sino a todos los fondos durante los cuales estuvo afiliada a la Sra. Sandra para que se ordene la devolución de los valores descontados por la cuota de administración durante su vigencia en dichos fondos.

Solicita también se revoque la condena en costas impuesta a mi representada, esto teniendo en cuenta que, si bien, entre el afiliado y el fondo privado a celebró un contrato y, pide tener en cuenta la teoría de los negocios jurídicos y la autonomía de la voluntad, correspondía únicamente a las partes decidir, modificar o dejar sin efecto ese acto celebrado, por lo dicho para el momento en que la demandante solicitó el traslado de régimen en el año 2017 fundamentado en la nulidad del traslado por error o engaño, pues menciona que no era Colpensiones la competente para dejar sin efecto un negocio del cual no hizo parte, por lo que al no estar de acuerdo en ello las partes, correspondía únicamente a los jueces como administradores de Justicia, decidir si existió o no alguna razón para dejar sin efecto el contrato celebrado.

Menciona que si bien se decidió declarar ineficaz, es decir, que el acto careció de eficacia, en este sentido dice, no puede ser condenada Colpensiones precisamente en costas, toda vez que, el mismo no hizo parte de este acto que se declaró ineficaz.

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el (la) señora **Sandra Judith Ferreira Ruiz** el día 15 de septiembre de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Colfondos, AFP Protección y AFP Skandia S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, se trasladó a la AFP Colfondos S.A. el 15 de septiembre de 1994 con efectividad a partir del 1° de octubre de 1994, se trasladó a la AFP Skandia el 19 de agosto de 2003 con efectividad a partir del 1° de octubre de 2003, se trasladó a AFP Protección S.A. el 15 de julio de 2007 con efectividad a partir del 1° de septiembre de 2007 (fl.237"medio magnético" pag40), y finalmente retorno a AFP Skandia el 24 de octubre de 2014 (fl.139)

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

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

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

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

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

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

administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Protección SA aportó: Solicitud de vinculación, certificado SIAFP, certificado de aportes trasladados, políticas de ejecutivos comerciales para asesorar y vincular personas naturales, concepto emitido por la Superintendencia Financiera No 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, comunicado de prensa del año de gracia. AFP Colfondos S.A. aportó: certificado de existencia y representación legal, comunicado diario El Tiempo, formulario de afiliación, certificado de afiliación, estado de cuenta detallado, reporte de días acreditados, SIAFP. AFP Skandia S.A. aportó: formularios de afiliación, estado de cuenta, historia laboral consolidada, historia laboral OBP, derecho petición y respuesta, casos radicados y recorte de prensa en diario El Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 15 de septiembre de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 15 de septiembre de 1994, la demandante tenía 478,57 semanas (fl.145) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93

original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 12 de enero de 1963 – fl 26) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el año 2020 en el RPM, (actualmente ha cotizado más de 1371 semanas fl.145), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado de la señora Sandra Judith Ferreira Ruiz del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Dicho lo anterior resulta consecuente se aclare que, va incluido el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP Skandia S.A. como las AFP Colfondos S.A. y Protección S.A., tales como aportes, rendimientos, sumas adicionales, pues al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sido clara en sentencia SL 1421-2019 rad 56174 del 10 de abril de 2019, que con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos, incluyendo los gastos de administración, ya que dichos montos pertenecen al sistema general de seguridad social con el cual se financiara la pensión.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Sandra Judith Ferreira Ruiz** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos el 15 de septiembre de 1994. , y en consecuencia los traslados posteriores entre los diferentes AFP, aclarando que con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores descontados por los diferentes fondos por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales, ya que dichos montos pertenecen al sistema general de seguridad social con el cual se financiara la pensión.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la

afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

**COSTAS PRIMERA INSTANCIA:**

El apoderado de la parte demandada Colpensiones, presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia mencionando que no hizo parte del acto declarado ineficaz.

La Sala debe precisar, la imposición de costas no es automática, debe demostrarse su causación, las etapas procesales y los argumentos del *A Quo* que lo llevan a tomar la determinación de fijar las costas. El numeral 1 del art 365 C.G.P. dispone: *“Se condenara en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión, que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*

Así bien, frente a las costas del proceso el *A Quo* sustentó condenar en costas a las demandadas porque considero que se causaron, y decidió que serían condenadas las partes demandas, por lo anterior no se encuentra contradicción alguna con la normativa del Código General del Proceso.

En consecuencia se despacha desfavorablemente la súplica del recurrente.

**COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Sin costas en esta instancia

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

**RESUELVE**

**PRIMERO:** CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de julio de 2021 por el juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, pero conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, bajo el entendido que al declararse la ineficacia del traslado, han de devolverse todos los valores descontados por AFP Colfondos S.A., AFP Porvenir S.A. y AFP Skandia S.A., por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales.

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

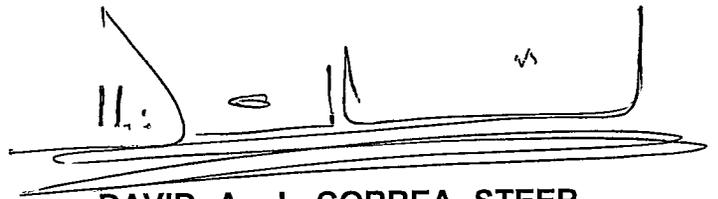
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310501620190048701)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310501620190048701)

Aclaro voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310501620190048701)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 18-2019-00251-01**

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

**DEMANDANTE: ORLANDO RINCÓN PADILLA**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**PORVENIR S.A**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**  
**(PORVENIR SA, Y COLPENSIONES)) // CONSULTA**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir S.A., y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de julio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería al abogado Mauricio Capera Bermúdez con tarjeta profesional No. 247.584 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fls.112)

La parte demandante (fls.96 ss) la parte demandada Porvenir S.A. (fls.102 ss) y Colpensiones (fls.112 ss) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado

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

### **ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 2 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

#### **Declarativos**

1. Se declare la nulidad del traslado efectuado por el demandante el día 01 de abril de 2004 con la AFP Porvenir S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se brindó información veraz, completa, y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación pensional y concreta del demandante.
2. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados al demandante en el RPM como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.
3. Se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.
4. Se condene extra y ultra petita.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contesto la demanda Porvenir (fl. 87 medio magnético) Colpensiones (fl 56-61) de acuerdo al auto del 30 de septiembre de 2019. Se oponen a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 19 de julio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del Señor Orlando Rincón Padilla a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S, A, suscrita el 01 de abril del año 2004, **DECLARÓ** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo permanece siempre en el régimen de prima media con prestación definida **CONDENÓ** a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar todos los dineros ahorrados por

el demandante en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia, **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir los dineros ahorrados por el demandante en su cuenta de ahorro individual y tenerlo como semanas efectivamente cotizadas **DECLARÓ** no probada la excepción de prescripción propuesta por las entidades demandadas **CONDENÓ** en costas a la AFP PORVENIR S.A., señaló como agencias en derecho a la suma de \$1'000.000, Sin costas a COLPENSIONES.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

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

Manifiesta que su representada entregó la información debida al demandante, y que no se acreditó alguna existencia de vicio del consentimiento o alguna circunstancia establecida por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en este sentido, que no obraron circunstancias que declaran que se impidió o que atentaron contra la afiliación del demandante, que su representada entregó la información debida para aquel momento, para que el afiliado tomará una decisión pertinente frente a su futuro pensional.

Aduce, que el *A-quo* no allegó pruebas de cumplimiento de deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es, entregar información completa, veraz, oportuna. Sin embargo, considera que tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto considera que de manera palmaria, cumplió con la carga procesal, en cuanto que, a pesar de la inversión de la carga de la prueba, se entregó una información debida, se aportaron los documentos que se tenían en poder del fondo, sumado a la decisión libre y voluntaria e informada que no solamente, considera, se acredita con un formulario de afiliación, sino que se presume, no solamente el documento de afiliación, sino que la conducta del afiliado también se puede presumir frente a esa voluntad de afiliación al régimen de ahorro individual.

Que el demandante permaneció por más de, en este caso, por más de 15 años afiliado al régimen de ahorro individual, que se generaron descuentos con destino al fondo privado y, que aunado a ello se generaron unos rendimientos, un capital, el cual pues en ningún momento el demandante sufrió alguna inconformidad respecto a ese actuar, tal y como se observó en interrogatorio de parte del demandante, pues no generó y surgió el cumplimiento de sus deberes en su calidad de afiliado, puesto que si bien se afilió, firmó formulario afiliación, no realizó inquietudes, formuló

preguntas respecto del documento que estaba firmado, de tal manera que considera que se mantuvo su falta de diligencia frente a cada uno de los años en los que ha permanecido en el régimen de ahorro individual.

Sostiene que la parte actora permitió el descuento del aporte con destino al fondo privado, en este caso, a PORVENIR S.A, conducta que considera, bajo la línea trazada por la honorable Corte Suprema de Justicia, sala laboral, deben considerarse como una verificación de la voluntad del afiliado.

Sustenta que no es viable imponerle cargas al momento en que sucedió la afiliación de la parte actora, pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo que representa, ya que para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación, no solo el afiliado para ese momento era jurídicamente capaz, sino que además el citado, pues en este caso el formulario de afiliación contiene, pues un objeto de causa y es lícito.

Aunado a lo anterior, manifiesta la inconformidad de su representada, frente a devolver los gastos de administración, teniendo en cuenta que dichos valores no hacen parte del futuro, pues en este caso el capital pensional del demandante, teniendo a consideración lo manifestado por la Superintendencia financiera de Colombia en concepto de radicación número 2019 – 1522169003000 del 17 de enero del 2000, el cual de manera expresa indica cuáles son los valores a retornar si se surte una ineficacia o una ineficacia de traslado.

En este sentido, los valores a devolver son: aportes y rendimientos de cuenta individual sin que proceda valor alguno por primas de seguros provisionales, cuotas o gastos de administración, en este sentido, dice que se observa una condena en la cual se impone una devolución de dichos valores o a su bien de gastos de administración y pues como se manifestó por parte de la Superintendencia, dichos valores, pues no hacen parte de financiar la prestación de vejez.

Manifiesta que el A-quo consideró una imprescriptibilidad, pero que su representada se encuentra en desacuerdo frente a dicho argumento, teniendo en cuenta que una característica de la que gozan los valores anteriormente mencionados y el Derecho pensional es que opera el fenómeno previsto, pues se sustenta en los artículos 488 del Código sustantivo del trabajo y el artículo 51 del Código de procedimiento del trabajo y la Seguridad Social.

Que frente a la condena en costas, solicita se revoque la decisión del fallador en primera instancia y se absuelva a su representada en caso tal de considerarse una ineficacia de traslado. Finaliza.

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

Sustenta que el demandante actualmente se encuentra incurso dentro de la prohibición de qué trata el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, por lo que dicho traslado tiene plena validez conforme a la norma citada, lo cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en ese orden de ideas y de conformidad con la norma citada, el traslado a la fecha goza de plena validez, y además de ello, el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad de que tiene derecho a la pensión de vejez.

Además, sustenta que es menester traer a colación lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, el cual expresa: *“todo afiliado al régimen y que no haya adquirido la calidad de pensionado podrá transferirse voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizados, o trasladarse a otra entidad administradora”*, lo cual arguye, permite concluir que, para este caso en concreto, es improcedente la solicitud de traslado entre régimen.

De igual forma, considera que tampoco se demuestra la existencia de un vicio en el consentimiento o ir en contra de la voluntad de la buena fe en el momento en el que se afilia al régimen de ahorro individual, como se alega en la demanda y se expuso en la audiencia. Que para el momento de la afiliación era imposible predecir los ingresos base de cotización sobre los cuales cotizaría el aquí demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real al momento de su afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su historial laboral hasta la fecha.

Reitera que no se logró demostrar que el demandante haya sido engañado a tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aún cuando permaneció en el régimen de ahorro individual, sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño de administración, afianzando su decisión al estar en este régimen.

Por otra parte, sustenta que el 23 de octubre del 2015 se firmó el Decreto 2071 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual indica que las administradoras de pensiones deben proporcionar a los afiliados información completa de los beneficios e inconvenientes y efectos de la toma de su decisión en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes Asimismo, y que la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante circular 016 del 2016, establece los mecanismos para que

tanto las AFP como COLPENSIONES, realicen las asesorías, en especial a las mujeres de 42 y hombres de 47, por cuanto a partir de esta edad los ciudadanos no pueden trasladarse al régimen sin haber recibido dicha asesoría, pero dicha restricción no es retroactiva, por lo cual considera no es posible su explicación para el caso en concreto

Por otra parte, considera que cuando se habla de la declaración de nulidad e ineficacia del traslado, se debe evidenciar que hay lugar a reintegrar la totalidad de las cotizaciones, es decir, recursos de ahorro individual y gastos de administración entre otros, conforme a lo anteriormente expuesto, por lo cual solicita muy amablemente sean tenidos en cuenta los argumentos aquí expuestos, finaliza.

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP efectuado por el(la) señor(a) **Orlando Rincón Padilla** el día 1 de abril de 2004; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 1 de abril de 2004 con efectividad a partir del 1 de junio de 2004.(fl87 "contestación pdf"pagina 65)

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

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

**3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del**

precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con el demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre

otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde recordó la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente el fondo demandado Colpensiones, en la contestación de la demanda, aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir S.A. aportó formulario de afiliación, historial de vinculaciones SIAFP, copia publicación diario El Tiempo, concepto Superfinanciera del 17 de enero de 2020, historia laboral consolidada, historia laboral OBP, certificado bono pensional, certificado de vinculación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 de abril de 2004, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 1 de abril de 2004, el(la) demandante tenía 136,28 semanas (fl 87 "contestación pdf" página 91) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 18 de octubre de 1961 – fl 11) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo se podría pensionar en el RPM en el año 2023 (A 2017 ha cotizado 809,42 semanas - fl 87 "contestación pdf" página 91), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle

la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir S.A.

Con relación a lo manifestado por la demandada Porvenir S.A., conforme a que señala que no es viable imponerle cargas que no existían al momento de realizarse la afiliación, y que aportó la prueba documental que presume la validez de la afiliación, que es el formulario de afiliación, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibídem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación.

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a

colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Porvenir S.A.

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen el deber de suministrar una información veraz y completa para cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

Conforme al punto de apelación de la demandada Colpensiones, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

*(...)Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)*”

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Orlando Rincón Padilla** de Colpensiones a la AFP Porvenir S.A. el 1 de abril de 2004.

**EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

**COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir SA. y Colpensiones, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 19 de julio de 2021 por el juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** **COSTAS** en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A., y Colpensiones y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes; que se incluirán en la liquidación

de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310501820190025101)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310501820190025101)

Aclaro Voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310501820190025101)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**  
**SALA LABORAL**  
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 19-2017-00597-01**

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

**DEMANDANTE: ESPERANZA AMARILLO RAMIREZ**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP COLFONDOS S.A.**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP**  
**COLFONDOS, Y COLPENSIONES) // CONSULTA**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colfondos y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado<sup>19</sup> Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de agosto de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería al abogado Francisco José Molano Achury con tarjeta profesional No. 313751 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de Colfondos SA, para todos los efectos del poder allegado (fl.254)

Las partes demandadas Colfondos S.A. (fls. 252-263) Colpensiones (fls.246-251) presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 15 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Esperanza Amarillo Ramirez instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Colfondos SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 4, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad del traslado que la demandante hizo del RPM al RAIS a partir del 1 de mayo de 1996
2. Ordenar a Colpensiones que, en sus registros de afiliación, anule el traslado que hizo la demandante del RPM al RAIS a partir del 1 de mayo de 1996.
3. Se ordene a Colfondos que anule la afiliación que hizo de la demandante el 1 de mayo de 1996.
4. Se ordene a Colfondos que transfiera a Colpensiones el saldo de la cuenta individual de ahorro de la demandante, incluyendo los rendimientos financieros.
5. Se ordene a Colpensiones que registre en la historia laboral de la demandante, el detalle de las cotizaciones que le sean transferidas por Colfondos.
6. Ordenar a Colpensiones que reactive la afiliación de la señora Esperanza Amarillo Ramírez, identificada con cedula de ciudadanía 51.588.225, al RPM en las mismas condiciones en que se encontraba el 1 de mayo de 1996
7. Se condene a las demandadas a las demás acciones de carácter extra y ultra petita, cuyos derechos resulten probados en el proceso.

## CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: Colfondos (fl.104-129) y Colpensiones (fl.154-155) de acuerdo al auto del 22 de septiembre de 2017, se oponen a las pretensiones de la demandante y propone excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 19 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 25 de agosto de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la señora esperanza Amarillo Ramírez, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 51.588.225 de Bogotá, 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 Colfondos Pensiones y cesantías S.A. con Nit. 800.149.496-2, realizada el 1° de mayo de 1996. **DECLARÓ** válidamente vinculada a la demandante, Esperanza Amarillo Ramírez, de Cédula 51.588.225 de Bogotá al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por la administradora colombiana de pensiones, Colpensiones, desde el 31 de octubre de 1985 hasta la actualidad, como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo, siempre hubiera permanecido en régimen de prima media, con prestación definida. **CONDENÓ** a la AFP Colfondos Pensiones y Cesantías, a devolver a la administradora colombiana de pensiones, Colpensiones, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la aquí demandante, como son cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados, incluidos los intereses y las comisiones, sin descontar los gastos de administración, con destino a la administradora colombiana de pensiones, Colpensiones. **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. **NO CONDENÓ** en costas **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Colfondos S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Como primer argumento menciona que el despacho desconoció que al momento de la afiliación de la señora Esperanza Amarillo, hoy demandante, el deber de información no se encontraba en los mismos términos en los cuales se encuentra el día de hoy, toda vez que ha sufrido modificaciones, que si bien el buen gobierno, el buen Consejo, que pretendía actuaciones adicionales por parte de las administradoras de fondos, estas se fueron modificando en el tiempo hasta el punto de llegar a realizar proyecciones financieras, las cuales, para el momento del traslado, no estaban vigentes.

Señala que el acto jurídico de la afiliación cumplió con todos los requisitos, que dice son cuatro y los enumera: la capacidad, el consentimiento, el objeto y causa lícita. Dice que la señora Esperanza era capaz al momento de su afiliación y su traslado del régimen de Prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Adicional expresa que la demandante argumenta que hubo un vicio en el consentimiento, y que este vicio que no nulita la actuación jurídica, por cuanto se trató, fue de un error de derecho y no de hecho, por cuanto se trata es de las características mismas del RAIS, su forma de liquidar su mesada pensional y, básicamente, son sus características.

Como argumento final, manifiesta que Colfondos siempre ha actuado de buena fe, incluso al momento de proporcionarle y asegurarle, a la señora demandante, su derecho de escoger qué fondo y a qué régimen quiere pertenecer y qué fondo va a administrar su mesada pensional.

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

Reprocha que la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen se fundamentó en la falta del deber de información que según tenían las AFP al momento de suscribir el formulario de afiliación, pasando por alto que para esa fecha la realidad del momento, según la normativa aplicable para esa época, era la Ley 100 del 93 y esta era la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, se manifiesta a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual está se dio a plenitud, según se deriva del formulario de afiliación suscrito y firmado por la demandante.

Resalta que para la fecha de afiliación y firma del formulario, no existía la Ley 1748 del 2014 ni el Decreto 2071 del 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de una doble asesoría a sus afiliados. Dice que el análisis de la información suministrada por las AFP y el alcance de las asesorías, que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para tal fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado en este asunto, que es la ley 100 de 1993.

Expresa que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, señala que tal exigencia desvirtúa del principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la carta política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Manifiesta que el juzgamiento de la conducta soportado en base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones que, sin haber participado en el trámite del traslado, es quien deberá afrontar la carga de la prestación. Esto con base en que no se tuvo en cuenta, al momento de proferir la sentencia, el principio de la relatividad jurídica, esto en torno a que Colpensiones es un tercero en este asunto y, es de recordar, que los actos jurídicos, en principio, tienen efectos Inter partes y las consecuencias que se deriven de la celebración de este acto jurídico solo deben repercutir sobre las partes involucradas. Pide tenerse en cuenta que Colpensiones no puede de ninguna manera ser favorecida y mucho menos perjudicada por ese contrato que se celebró entre la demandante y la AFP.

Se refiere a lo manifestado que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP y al transpolar lo señalado por las Cortes, en las sentencias proferidas en primera instancia a este tipo de decisiones, dice que se encuentra que hasta el año 2016 los fondos privados contaban, exclusivamente, con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentamiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto a las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigía nada diferente al documento de afiliación, donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad. Señala que por esto, imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época, se constituye en una situación de carácter imposible.

Finalmente, pone en consideración que, en este asunto la accionante, ha permanecido en el RAIS por más de 24 años, por lo que la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada en la decisión que se adoptó. Esto en cuanto la afectación del equilibrio de sostenibilidad financiera del sistema, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo 01 del Acto legislativo 01 de 2005, donde también reiteramos el artículo dos de la Ley 797 del 2003, en el cual se hace una prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Dice que este no es un artículo caprichoso y tiene su razón de ser; al respecto, y que debe entenderse que el principal propósito del legislador de establecer esta prohibición es proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la normatividad pensional.

Solicita que en caso de confirmarse la decisión, se mantenga la condena impuesta a la AFP, en el entendido de que esta debe reintegrar a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones que recibió por parte del demandante, esto es, los recursos de la cuenta individual, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas de administración y en general todos los aportes efectuados por la accionante a la AFP.

Finalmente, solicita a los honorables magistrados que se adicione a la sentencia la condición de que la condena impuesta Colpensiones, con una obligación de hacer a favor de la demandante, esto es de recibirla y activarla como afiliada, actualizar su historial laboral, solo se podrá hacer efectiva una vez cumplidas las obligaciones impuestas a la AFP en la sentencia, toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la misma hasta tanto la AFP reintegre los recursos a mi representada y actualice la información de la demandante en la respectiva base de datos.

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el (la) señora **Esperanza Amarillo Ramirez** el día 26 de abril de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Colfondos S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos el 26 de abril de 1996 (fl.130).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse

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

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Colfondos SA aportó: formulario de vinculación, copia circular externa 001 de la superintendencia bancaria hoy superintendencia financiera, copia publicación aviso en diario de alta circulación, copia historial de vinculaciones SIAFP, copia historia laboral OBP, certificación de Colfondos del 17 de abril de 2018 y estado de cuenta.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de abril de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 26 de abril de 1996, la demandante tenía 471 semanas (fl.22), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 18 de enero de 1961 – fl.21) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2018 (Actualmente ha cotizado más de 1548,43 semanas fl.35), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio

que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

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

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

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

Con relación a lo manifestado por las demandadas Colfondos S.A. y Colpensiones, conforme a que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en*

*virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación.

Conforme el punto de apelación de la demandada Colpensiones, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

*(...)Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994. (...)"*

Ahora bien, en cuanto a la apelación de Colpensiones relacionada con la inversión de la carga de la prueba, la sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, señala también:

*(...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual*

*no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en favor de los consumidores financieros (...)*”

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Esperanza Amarillo Ramirez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos S.A el 26 de abril de 1996.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

**COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Colfondos S.A., y Colpensiones, habrá lugar a condenarlas en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de agosto de 2021 por el juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Colfondos S.A. y Colpensiones y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes.

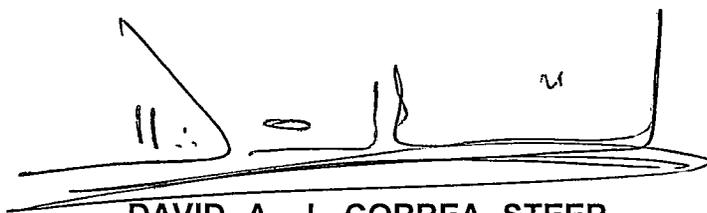
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310501920170059701)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310501920170059701)

Aclaro Voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310501920170059701)



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

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

**Radicación 19-2017-00606-01**

Bogotá D.C.; noviembre treinta (30) de Dos Mil Veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: JAIRO ANDRES PINEDA LOPEZ**  
**DEMANDADO: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.**  
**ASUNTO: APELACION AUTO (DEMANDADA)**

En la fecha, se constituye la Sala a fin de decidir en segunda instancia sobre el proceso de la referencia, en el cual se decidió declarar **NO PROBADA LAS EXCEPCIONES PREVIAS** de: FALTA DE COMPETENCIA e INEPTA DEMANDA en audiencia celebrada el 11 de septiembre de 2018.

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a proferir decisión de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

**DECISIÓN DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA:**

Sea lo primero indicar que en audiencia celebrada el 11 de septiembre de 2018, el Juez de Instancia decidió **DECLARAR NO PROBADA** las excepciones de FALTA DE COMPETENCIA e inepta demanda propuesta por la demandada (fl. 90 y 91).

En relación con la excepción de **FALTA DE COMPETENCIA Y FALTA DE JURISDICCIÓN**, señaló que al revisar las pretensiones incoadas en la demanda, lo pretendido por la parte actora es la declaratoria de la existencia de la relación laboral, y los demás emolumentos, contrato realidad de un presunto trabajador oficial.

Frente al tema, indicó que diferentes pronunciamientos de altas Corporaciones han dilucidado el aspecto de decisión, señalando que cuando se discuta la existencia de una relación de tipo laboral, y se encuentre involucrado un ente público, basta que el demandante haga esa explicación en la demanda para que radique en el Juez Laboral la competencia para conocer el asunto, independientemente que hacía el futuro se desvirtúe la existencia del vínculo laboral, y en ese sentido cuando la competencia de la jurisdicción del trabajo no se determina por el resultado del pleito, ya sea porque se demuestre o deje de demostrarse la existencia del contrato de trabajo, sino por la invocación de una relación de tal naturaleza como apoyo de las pretensiones del actor, por lo tanto, señala que la Jurisdicción laboral es competente cuando las pretensiones del demandante se dan con fundamento en un contrato de trabajo.

Aunado a lo anterior, señaló que el artículo 2 del CPT y SS, no establece que el Juez Ordinario Laboral tiene la competencia del asunto, únicamente si en el transcurso del proceso se demuestra la existencia del contrato de trabajo, sino por el contrario al afirmar que efectivamente existe un contrato realidad, la competencia se asigna a los Juzgados Laborales.

Ahora, cuando se refiera a acciones emanadas directamente del contrato de trabajo, provenientes de una relación con una entidad del poder público, se aduce tres tipos de situaciones: la contractual de carácter particular, la contractual de un oficial, y la de naturaleza legal, como empleado público, en los dos primeros casos, se conoce por vía de justicia del trabajo, y la tercera, el conocimiento de la controversia corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En ese orden de ideas, en atención que el juez del trabajo es competente para conocer de litigios que se inicien con base en un contrato de trabajo, debe negarse la excepción previa de falta de competencia propuesta por parte de la demandada, teniendo en cuenta que la demanda, como ya se mencionó, la parte actora pretende que se declare a existencia de una relación de trabajo entre él y la hoy demanda, así como también se reconozca el pago de prestaciones sociales como un

trabajador oficial. Con todo es se tiene que la competencia para conocer del presente asunto radica en esa sede judicial, razón por la cual se declara no probada excepción denominada falta de jurisdicción y competencia.

Por otro lado, frente a la excepción de **INEPTA DEMANDA**, indico que al revisar los hechos narrados en el escrito de demanda, observó que los mismos se encuentran relacionados de forma clara y precisa como bien puede observarse en el escrito de subsanación, sin encontrar en los mismos afirmaciones subjetivas o puntos de vista del actor contenidos en el mismo, razón por la cual también declaró no probada esta excepción.

## RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **demandada** interpuso recurso de apelación del siguiente punto de la decisión:

1. **FALTA DE COMPETENCIA:** Solicita se revoque el auto que declara no probada la excepción previa de falta de competencia, en atención que se hizo alusión al artículo 104, respecto a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, observando en este momento y reiterando dicha excepción, teniendo en cuenta que el demandante estuvo vinculado mediante contratos de prestación de servicios, por lo tanto, nunca estuvo vinculado mediante contrato laboral, así como tampoco nunca ejerció funciones como trabajador oficial, ni como servidor público, por el contrario, desempeñó actividades como técnico auxiliar, y posteriormente, como conductor de ambulancia.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

En el caso bajo examen el recurso de apelación se interpone contra el auto mediante el cual se decidió la excepción previa de falta de competencia, por lo que de conformidad con el numeral 3° del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de

la Seguridad Social, modificado por la Ley 712 de 2001, se estima correctamente concedido el mismo.

### **CASO CONCRETO - EXCEPCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA:**

Sea lo primero indicar que, la Sala se limitará a resolver sobre la excepción de falta de competencia, como quiera que el recurrente no especificó en su recurso de apelación motivos de inconformidad respecto de las demás excepciones resueltas por el Juez de instancia.

Para resolver lo que en derecho corresponda el Despacho indica que las excepciones previas son el mecanismo jurídico que tiene el demandado fundamentalmente para sanear desde el principio el proceso y permitir, con seguridad, que cuando llegue el momento procesal de decidir de fondo de la litis se pueda proferir sentencia de mérito o fondo, es por lo tanto una medida de sanidad procesal. Versan pues, sobre el proceso y no sobre el derecho material alegado por el demandante, tienden por lo tanto a corregir errores que obstaculizan una decisión, evitando de esta manera un proceso inútil.

Atendiendo lo anterior, la competencia es la forma como se distribuye la jurisdicción, entendida ésta como la facultad que tiene el Estado de administrar justicia, y la que permite, en un caso particular, saber a qué juez de la República le corresponde el conocimiento y decisión de un conflicto jurídico, para atribuir a un juez la competencia para conocer de determinadas controversias, se ha señalado varias reglas o criterios, denominados por la doctrina factores determinantes de la competencia. Estos son, el factor objetivo, el factor subjetivo, el factor territorial, el factor funcional y el factor de conexión.

En el presente asunto, a las reglas de competencia señaladas en el artículo 2 del C.P.T.S.S. modificado por el artículo 622 del Código General del proceso (Ley 1562 de 2012) establece:

**ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL.** *<Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en su especialidad laboral y de seguridad social conoce de:*

**1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.**

2. *Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral.*
3. *La suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical.*
4. *<Numeral modificado por del artículo 622 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.*
5. *La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad.*
6. *Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive.*
7. *La ejecución de las multas impuestas a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje, por incumplimiento de las cuotas establecidas sobre el número de aprendices, dictadas conforme al numeral 13 del artículo 13 de la Ley 119 de 1994.*
8. *El recurso de anulación de laudos arbitrales.*
9. *El recurso de revisión.*
10. *<Numeral adicionado por el artículo 3 de la Ley 1210 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> La calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo.*

Por su parte, el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que la Jurisdicción Contencioso Administrativo se encuentra determinada para conocer de las controversias originadas en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en lo que se encuentra comprendidas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan función administrativa, así mismo, dispone su conocimiento en las siguientes situaciones:

**ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

*Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

1. *Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.*

**2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.**

3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.

4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.

5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.

6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.

7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.

**PARÁGRAFO.** Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

Así pues, en el presente asunto, el señor JAIRO ANDRES PINEDA LOPEZ instauró demanda ordinaria laboral en contra de SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E., con el objeto que le sean proferidas a su favor conforme se observa a folios 10 a 12 del plenario:

1. Que se declare la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido entre el señor JAIRO ANDRES PINEDA LOPEZ y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. desde el 3 de septiembre de 2013 hasta el 31 de enero de 2017.
2. Se declare la categoría de trabajador oficial al demandante JAIRO ANDRES PINEDA LOPEZ, de conformidad con el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2° del Decreto 1919 de 2002.
3. Que se declare la responsabilidad en el pago de todas y cada una de las condenas impuestas al HOSPITAL VI BOSA hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.
4. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. debe

pagarle al demandante las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral, las indemnizaciones pedidas y todo lo solicitado en demanda así:

- a. La diferencia salarial existente entre los trabajadores de planta y las pagadas al demandante en el cargo de CONDUCTOR APH – desde el 3 de septiembre de 2013 hasta el 31 de enero de 2017, sumas que deben ser indexadas.
- b. Las cesantías causadas durante todo el tiempo de prestación de servicio, liquidado con la asignación legal asignada al cargo de CONDUCTOR APH del HOSPITAL VI BOSA hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. entre el 3 de septiembre de 2013 hasta el 31 de enero de 2017, sumas que deben ser indexadas.
- c. Los intereses a las cesantías causadas sobre los saldos que arroje la liquidación del auxilio de cesantías año a año.
- d. La prima de antigüedad de cada año causada desde el 3 de septiembre de 2013 hasta el 31 de enero de 2017, sumas que deben ser indexadas.
- e. La prima de vacaciones de cada año causada desde el 3 de septiembre de 2013 hasta el 31 de enero de 2017, sumas que deben ser indexadas.
- f. La prima de navidad de cada año causada desde el 3 de septiembre de 2013 hasta el 31 de enero de 2017, sumas que deben ser indexadas.
- g. La prima semestral de cada año causada desde el 3 de septiembre de 2013 hasta el 31 de enero de 2017, sumas que deben ser indexadas.
- h. La compensación en dinero de las vacaciones causadas del 3 de septiembre de 2013 hasta el 31 de enero de 2017, que no fueron otorgadas ni disfrutadas en tiempo ni compensadas en dinero, sumas que deben ser indexadas.
- i. Se condena a realizar la afiliación patronal y a efectuar el pago de las cotizaciones durante todo el tiempo laborado a favor de las cotizaciones durante todo el tiempo laborado a favor de la demandante al Sistema de Seguridad Social Integral en Salud, Pensiones, Riesgos Laborales y Caja de Compensación familiar con el salario que devengaba los trabajadores de planta que ostentaban el mismo cargo, sumas que deben ser indexadas del 3 de septiembre de 2013 hasta el 31 de enero de 2017.
- j. La devolución indexada del importe de la totalidad de los descuentos realizados por HOSPITAL VI BOSA hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. al señor JAIRO ANDRES PINEDA LOPEZ durante la prestación de los servicios por

concepto de retención en la fuente debidamente indexado este valor y se ordene el recobro del HOSPITAL VI BOSA de dichos valores.

- k. Al pago del auxilio de transporte de cada año causado desde el 3 de septiembre de 2013 hasta el 31 de enero de 2017, sumas que deben ser indexadas.
- l. El pago del auxilio de alimentación de cada año causado desde el 3 de septiembre de 2013 hasta el 31 de enero de 2017, sumas que deben ser indexadas.
- m. Que se condene al pago a favor del demandante, de la indemnización de que trata el Art. 1° del Decreto 797 de 1949 o norma análoga por no pagar las prestaciones sociales.
- n. Que se condene al demandado al pago a favor del demandante de la indemnización de que trata el Art. 99 de la Ley 50 de 1990 por no haber afiliado ni consignado al demandante al FONDO NACIONAL DEL AHORRO o al fondo correspondiente.
- o. Sanción moratoria por la falta de pago oportuno de los intereses a las cesantías, Ley 52 de 1975 Decreto Reglamentario 116 de 1976, Ley 50 de 1990, Ministerio de la Protección Social, concepto 106816 de 22 de abril de 2008.
- p. Se declare que el tiempo laborado por el señor JAIRO ANDRES PINEDA LOPEZ bajo la modalidad de contratos sucesivos denominados de "arrendamiento de servicios de carácter privado" y de "prestación de servicios" con el HOSPITAL VI BOSA hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E., se deban computar para efectos pensional, ordenando al Hospital demandado emitir la correspondiente certificación laboral para el efecto.
- q. Se declare todo beneficio convencional derivado de la convención colectiva del trabajo.
- r. Se declare en forma oficiosa, todo aquello que resulte probado a favor del trabajador en aplicación de los principios ultra y extra petita.

##### 5. Costas procesales.

Así pues, diferentes pronunciamientos de altas corporaciones han dilucidado el aspecto objeto de decisión, señalando, en pocas palabras, que cuando se discuta la existencia de una relación de tipo laboral y se encuentre involucrado un ente público, basta que el demandante manifieste esa explicación en la demanda para radicar en el juez laboral la competencia para el conocimiento de este asunto,

independiente que hacia el futuro se desvirtúe o no la existencia del vínculo con las características enunciadas.

En ese sentido, la Sala comparte la decisión de primera instancia, en el sentido de indicar que radica la competencia en la Jurisdicción Ordinaria Laboral por la sola invocación de una relación de tal naturaleza, con apoyo de las pretensiones del actor, así las cosas, la jurisdicción laboral es competente cuando las pretensiones del demandante se invocan con fundamento en la existencia de un contrato realidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, así como la normatividad previamente relacionada, y como quiera que en el presente asunto se pretende la **declaratoria de la existencia de una relación laboral** entre las partes, en la calidad de trabajador oficial por parte del demandante, así como el reconocimiento de un beneficio habitual como salario, a efectos de liquidar el pago de prestaciones sociales, asigna la competencia a la Jurisdicción Ordinaria Laboral y no el Juez Contencioso Administrativo, conforme el numeral 1º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 2º de la Ley 712 de 2001.

Así las cosas, la Sala comparte la decisión de primera instancia en el sentido de **DECLARAR NO PROBADA** la excepción previa de FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** el auto apelado.

**COSTAS.** Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ** en su **SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** el auto proferido por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá que data del 11 de septiembre de 2018, para en su lugar **DECLARAR NO PROBADA** la excepción DE FALTA DE COMPETENCIA.

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

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310501920170060601)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310501920170060601)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310501920170060601)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 20-2019-00925-01**

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

**DEMANDANTE: RUBEN OVIEDO RODRIGUEZ**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PROTECCION S.A.**  
**AFP PORVENIR S.A**  
**AFP COLFONDOS S.A.**  
**MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP**  
**PORVENIR Y COLPENSIONES) // CONSULTA**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colpensiones y Porvenir S.A.) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de julio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandante (fl.24), la parte demandada Porvenir S.A. (fls.6-14) Colpensiones (fls.17-21.) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 7 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) Ruben Oviedo Rodriguez instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Protección SA, AFP Colfondos S.A AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 5 "expediente digital", con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

1. Se declare que la solicitud efectuada por el demandante el día 20 de septiembre de 2010, cumple con todos los requisitos de validez. Pues con ella se expresó con claridad la intención del demandante de trasladarse de régimen pensional.
2. Se declare que para el 20 de septiembre de 2010, el demandante cumplía con lo establecido en el literal E del artículo 2° de la ley 797 de 2003. En consecuencia la ley posibilita su traslado de régimen pensional, para esa fecha.
3. Se declare que el demandante tiene derecho a la expedición de un bono pensional por haber cotizado más de 150 semanas al sistema general de pensiones en el RPM.

Subsidiarias:

1. Se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuado y materializado el 1° de enero del año 2001.
2. Se declare que el demandante no fue informado de forma veraz y suficiente por Colfondos, al momento de materializarse el traslado de régimen pensional el 1° de enero del año 2001.
3. Se declare que frente al demandante, la demandada Colfondos S.A., no cumplió la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, omisión ocurrida antes de materializarse la solicitud de traslado del régimen el 1° de enero del año 2001.
4. Se declare que el actuar omisivo y negligente de Colfondos, le causo perjuicios patrimoniales al demandante, ya que esta entidad pretermitió el deber legal de suministrar información necesaria y transparente. Por lo que Colfondos, obtuvo mediante engaño, la suscripción del formulario de solicitud de traslado de régimen pensional, vulnerando así el derecho del demandante a decidir libremente en cual régimen pensional causar el derecho a la pensión de vejez.

5. Se declare que Colpensiones tiene la obligación de admitir el retorno del señor demandante al RPM.
6. Se declare que el demandante tiene derecho a que sean incluidas dentro de su historia laboral todas las semanas cotizadas en el RPM.

Condenas:

1. Se condene a Colfondos y Colpensiones a considerar como satisfechos todos los requisitos exigidos con la solicitud efectuada el 20 de septiembre de 2010, y en consecuencia acceder al traslado del demandante al RPM.
2. Se condene a Colpensiones y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a entregar a Colfondos el bono pensional, como consecuencia de que el demandante realizó cotizaciones al sistema general de pensiones en el RPM por más de 150 semanas, el cual a la fecha no ha sido expedido.
3. Se condene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a entregar a Colfondos S.A. el bono pensional que debía ser expedido y que no se hizo, como consecuencia de haberse cotizado por más de 150 semanas al RPM.
4. Se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho

Subsidiarias:

1. Se condene a Colfondos a realizar el traslado de los recursos que haya en la cuenta de ahorro individual del demandante al RPM administrado por Colpensiones, esto como consecuencia de la ineficacia declarada.
2. Se condene a Colpensiones a admitir el retorno del demandante.
3. Se condene a Colpensiones a actualizar la historia laboral del demandante, toda vez que cotizo más de 116 semanas en el RPM.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.267-307 expediente digital), Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls.341-365 expediente digital), Colfondos S.A. (fl.118-143 expediente digital) de acuerdo al auto del 14 de febrero de 2020, se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito. Contestaron la demanda Protección S.A. (fls.605-619 expediente digital) y Porvenir S.A. (fls.475-498 expediente digital) que fueron vinculados como Litis consorte necesario el 21 de abril de 2021, y se oponen a las pretensiones.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 20 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 13 de julio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual, efectuado por el señor Ruben Oviedo Rodriguez a la Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A., el 12 de diciembre de 1996; y su posterior traslado horizontal a las sociedades Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Protección S.A., Y Colfondos S.A., Pensiones Y Cesantías. **DECLARÓ** aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a La Administradora Colombiana De Pensiones- Colpensiones. **ORDENÓ** a Colfondos S.A., Pensiones Y Cesantías., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado señor Ruben Oviedo Rodriguez, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. **CONDENÓ** en costas a las demandadas, la Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A., Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Protección S.A., Colfondos S.A., Pensiones Y Cesantías., y a la ACP Colpensiones., a favor del señor Ruben Oviedo Rodriguez, incluyendo como agencias en derecho el equivalente Tres (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte. **ABSOLVIÓ** a la nación Ministerio de Hacienda y Crédito Publico de las pretensiones incoadas en su contra. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

## RECURSO DE APELACIÓN

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

Solicita al Tribunal Superior de Bogotá revoque en todas sus partes la sentencia proferida y profiera en segunda instancia de carácter absolutorio en relación con las pretensiones propuestas en la demanda. Sustentado en las siguientes consideraciones.

### **Deber de información**

Señala que la decisión que profirió el despacho tiene sustento en la nulidad por vicio de consentimiento en error de hecho; primero, la falta del deber de información, segundo, la inducción en error en el proceso de asesoría del demandante.

Expresa que ninguna de las dos se encuentra acreditada, dice que la falta de información en el interrogatorio de parte del demandante se relaciona con el contenido del formulario

de afiliación e indica que aquel no es un documento que se inventó Porvenir, pues en el formulario se encuentra incluida la manifestación en la firma, en que la afiliación si ha sido de forma voluntaria e informada, no con un medio de engaño que se inventó Porvenir para evadir sus responsabilidades.

Pide tener en cuenta que este formulario es aprobado por las autoridades competentes en materia de vigilancia y control en las entidades de Seguridad Social en ese entonces, la Superintendencia Bancaria. Expresa que Porvenir no pudo intervenir en el contenido del formulario, el formulario contiene las condiciones establecidas por ley y debieron ser aprobadas las condiciones de traslado, las cuales estaban establecidas en las formas de orden público.

Señala que es la manifestación del cumplimiento de una norma de orden público, derivada en el requisito establecido en el artículo 114 de la ley 100, en donde se establece:

*“Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.”*

Refiere que ese mismo requisito es obligatorio para los trabajadores vinculados con los empleadores hasta el 31 de diciembre de 1990 y que decide trasladar al Régimen Especial de Cesantías previsto en la Ley 50 de 1990, para lo cual, se requerirá que adicionalmente dicha comunicación sea rendida ante Notario Público o en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar.

Reitera que esa manifestación incluida en el formulario, es un requisito de una norma de orden público y, en relación con el contenido de ese formulario, corresponde a un documento público que se presume auténtico y dice que esa presunción no puede ser desconocida por el despacho porque se encuentra establecida expresamente en el CGP.

Señala que el demandante también tiene cargas de la prueba y debe cumplir con el deber, como el deber del buen padre de familia de informarse en relación con las condiciones del funcionamiento del sistema y son normas de orden público y las constituciones establecidas. Expresa que para la época no existía una omisión de la disposición de hacer una proyección pensional de las condiciones del demandante, y que no era posible conocer si el demandante tuviera aumento salarial.

Manifiesta que, está acreditado que si hubo información de parte de Porvenir, lo que no está acreditado, es que porvenir haya engañado al demandante, pues no hay ninguna prueba de que se le suministró información alejada de la realidad.

Pone de presente que han transcurrido ya 25 años en que la demandada que realizaba los aportes más los intereses y los rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual, de las cuales se es conocedora y señala que en el interrogatorio dijo que los extractos le llegaban a su correo, es decir, que tenía conocimiento de lo que tenía en su cuenta de ahorro individual, ya sea de los rendimientos y el ahorro individual que tenía.

Apela que no se cumplen los requisitos de ley que debía reunir para establecer la nulidad del traslado, dice que debe entenderse que el demandante omitió el requisito que, si él consideraba, tenía la posibilidad de devolverse al derecho que ejerció pero que no volvió a insistir.

Alega que el despacho exige a pesar de lo acreditado por Porvenir con el interrogatorio de parte y el formulario, la prueba sacramental en relación con el deber de información cuando la ley no establece este tipo de pruebas para efectos de acreditar la información suministrada al momento de realizar la afiliación y expresa que en ese sentido, deben aplicarse las reglas generales del CGP, en cuanto que los hechos pueden probarse por cualquier medio probatorio si no hay un medio establecido por la ley y si no hay un medio específico de prueba, deben admitirse las pruebas allegadas por Porvenir y este debe aceptarse, el formulario que suscribió el demandante en el año 1996.

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

Manifiesta que no se acreditaron los vicios del consentimiento, por lo que en el expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del código civil. Señala que se está 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, Protección y Porvenir, por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad.

Señala que en cuanto a la carga de la prueba, el artículo 167 del CGP, reza al siguiente tenor: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”*

Refiere que el Honorable Tribunal en varios pronunciamientos ha puesto de presente dicho artículo, y dice que, frente a la carga de la prueba en este tipo de procesos, se manifestó: *“los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que se alegan y de manera alguna pueden trasladarse a la entidad, la carga de demostrar que no actuó con dolo, lo anterior de conformidad con el artículo 167 del CGP, las partes tienen la obligación de probar los supuestos facticos en que fundan sus alegaciones según el extremo que ocupan”*.

Pide tenerse en cuenta también la afectación sobre la descapitalización del sistema y la sentencia C-1024 del año 2004 y SU-062 del año 2010, también la SU130 del 2013 de la Corte Constitucional en materia de traslados, que manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados en este esquema, dado que el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida se descapitalizaría.

Menciona que conforme a la jurisprudencia atrás citada, le compete al demandante demostrar el o los vicios del consentimiento alegados, no bastando para ellos la simple afirmación del demandante. Expresa que en conformidad con lo expuesto en el artículo 1516 del código civil y 167 del CGP, le correspondería la carga de la prueba y de probar dicha afirmación, al demandante.

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora **Ruben Oviedo Rodriguez** el día 12 de diciembre de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Colfondos, AFP Protección y AFP Porvenir S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 12 de diciembre de 1996 con efectividad a partir del 13 de diciembre de 1996, se trasladó a la AFP ING hoy AFP Protección S.A. el 30 de mayo de 2007 con efectividad a partir del 1° de julio de 2007, y finalmente se trasladó a AFP Colfondos S.A. el 27 de abril de 2010 con efectividad a partir del 1° de junio de 2010 (fl.152 expediente digital).

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

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

**2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre**

28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde recordó la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público aportó: print pantalla del sistema operativo OBP, copia liquidación provisional de "eventual" bono pensional, copia resumen historia laboral, copia comunicado del 5 de diciembre de 2019. AFP Protección SA aportó: Solicitud de vinculación, certificado SIAFP, movimientos de cuenta de ahorro individual, formato actualización de datos, novedades pensiones voluntarias 2006 y 2007, políticas de ejecutivos comerciales para asesorar y vincular personas naturales, concepto emitido por la Superintendencia Financiera No 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, comunicado de prensa del año de gracia. AFP Colfondos S.A. aportó: comunicado diario El Tiempo, formulario de afiliación, estado de afiliación, estado de cuenta detallado, SIAFP. AFP Porvenir S.A. apporto: certificado de egresado, formularios de afiliación, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, relación de aportes a cuenta ahorro, SIAFP, recorte de prensa en diario El Tiempo, concepto Superintendencia Financiera de enero de 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 12 de diciembre de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener

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

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

Claramente para el momento del traslado 12 de diciembre de 1996, el demandante tenía 127,86 semanas (fl.377 expediente digital) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 3 de octubre de 1958 – fl 149 expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el año 2020 en el RPM, (actualmente ha cotizado más de 1332 semanas fl.377, fl.623, fl.547,fl.153-155 expediente digital), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los

artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

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

Con relación a lo manifestado por la demandada Porvenir S.A., conforme a que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de*

*pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación.

Ahora bien, en cuanto a la apelación de Colpensiones relacionada con la inversión de la carga de la prueba citando el artículo 167 del CGP la sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, señala:

*(...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (...)*

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

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado del señor Ruben Oviedo Rodriguez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Dicho lo anterior resulta consecuente se aclare que, va incluido el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP Porvenir S.A. como las AFP Colfondos S.A. y Protección S.A., tales como aportes, rendimientos, sumas adicionales, pues al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sido clara en sentencia SL 1421-2019 rad 56174 del 10 de abril de 2019, que con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos, incluyendo los gastos de administración, ya que dichos montos pertenecen al sistema general de seguridad social con el cual se financiara la pensión.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Ruben Oviedo Rodriguez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir el 12 de diciembre de 1996. , y en consecuencia los traslados posteriores entre los diferentes AFP, aclarando que con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores descontados por los diferentes fondos por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales, ya que dichos montos pertenecen al sistema general de seguridad social con el cual se financiara la pensión.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

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

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

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 13 de julio de 2021 por el juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, pero conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, bajo el entendido que al declararse la ineficacia del traslado, han de devolverse todos los valores descontados por AFP Colfondos S.A., AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A., por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir, y Colpensiones y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes.

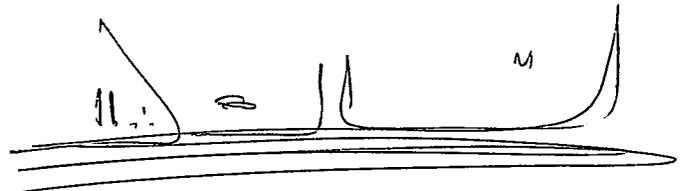
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310502020190092501)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502020190092501)

*Aelaro Voto!*



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502020190092501)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**  
**SALA LABORAL**  
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 20-2019-00926-01**

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

**DEMANDANTE: FANNY ANYUL SANCHEZ DIAZ**

**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR S.A.**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP**  
**PORVENIR SA Y COLPENSIONES) // CONSULTA**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de agosto de 2021 en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Las partes demandadas Colpensiones (fls. 4- 10) y Porvenir S.A (fls. 11-15) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 29 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) **FANNY ANYUL SANCHEZ DIAZ** instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a

folios 1-108 de la carpeta 01 del expediente digital, , con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad de la vinculación de la demandante Fanny Anyul Sánchez Díaz al régimen de ahorro individual con solidaridad pensional con la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A
2. Que se declare que la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A debe ordenar el traslado de la demandante Fanny Anyul Sánchez Díaz del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.
3. Que se declare que la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Provenir S.A debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la demandante.
4. Que se declare que la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A, debe reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales de la demandante.
5. Que se declare que la administradora colombiana de pensiones Colpensiones debe aceptar la vinculación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
6. Que se declare que la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, como consecuencia de la nulidad debe aceptar a la demandante en el sistema de prima media con prestación definida como si nunca hubiera existido unos traslados de régimen pensional.
7. Que se declare que la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Provenir S.A y la administradora colombiana de pensiones Colpensiones debe reconocer las determinaciones asumidas por el despacho en las facultades ultra y extra petita.
8. Que se declare que la administradora colombiana de pensiones Colpensiones y la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A, deben ser condenadas en costas y agencias en derecho si se oponen a las pretensiones formuladas.

Que como consecuencia de lo anterior solicita

1. Se condene a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A, a aceptar la nulidad de la vinculación de la demandante Fanny

Anyul Sánchez Díaz al régimen de ahorro individual con solidaridad pensional.

2. Se condene a la administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A, a ordenar el retorno de la demandante del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.
3. Se condene a la administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A, a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la demandante.
4. Se condene a la administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A, a reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales de la demandante.
5. Se condene a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, a aceptar el retorno de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros por administración.
6. Se condene a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, como consecuencia de la nulidad a aceptar a la demandante en el sistema de prima media con prestación definida como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional.
7. Se condene a la a la administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A, y a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones que debe reconocer las determinaciones asumidas por el despacho en su facultad ultra y extra petita.
8. Se condene a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones y la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A, en costas y agencias en derecho si se opone a las pretensiones formuladas.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contesto la demanda: Porvenir S.A: (fls. 49-82 de la carpeta 2019-926 del expediente digital) y Colpensiones (fl.193-300 de la carpeta 2019-926 del expediente digital) se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 20 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 12 de agosto de 2021 **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional de prima con

prestación definida al RAIS por la señora Fanny Anyul Sánchez Díaz el 19 de septiembre del año 2000 al fondo pensional Porvenir SA, **DECLARÓ** como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones **ORDENÓ** a Porvenir SA a devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la señora Fanny Anyul Sánchez Díaz junto con los rendimientos financieros causados con destino a Colpensiones, y los bonos pensionales si hubiese, a su respectivo emisor **CONDENÓ** en costas a Colpensiones y Porvenir S.A a favor de la parte actora, como agencias en derecho 3 SMLMV.

### RECURSO DE APELACIÓN

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

La apoderada sustenta su recurso solicitando se revoque la decisión, manifiesta que no se trata de aplicar directa y de manera indiscriminada las providencias de la máxima autoridad en esta especialidad como es la Corte Suprema de Justicia para todos los casos sino analizar cada caso, si por la falta de información produce un efecto cierto y adverso como lo es perder el régimen de transición pensional o si es una situación donde el afiliado una vez no pueda trasladarse de régimen y no puede hallarse de acuerdo con la mesada pensional que cuenta con esta acciones para obtener un beneficio indebido, es buscar y narrar las normas que regulaban las oportunidades de términos para la movilidad de regímenes, este último escenario no es el alcance de protección ni el alcance de las sentencias de la C.S.J porque termina por socavar los principios fundamentales sobre los cuales se erige de todo el sistema de seguridad social como lo es la libre voluntad del afiliado y la libre voluntad de elección de régimen pensional, además que una persona que lleva 20 años en el RAIS y ahora quiera que el sistema sea solidario y quiera beneficiarse del régimen de prima media poniéndose en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones de las personas que siempre han cotizado al mismo, se trae a colación la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá 2018 445 del 30 Julio 2020 Magistrado ponente Dr. David Correa Steer donde manifestó *“existe un criterio jurisprudencial mayoritario en unificado con el órgano de cierre, en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse para el cambio de régimen pensional toda vez que no encuentra disminuido su capacidad para celebrar actos*

*y contratos, y teniendo en cuenta que su elección dependerá su futuro pensional puesto que decide voluntariamente cambiarse de régimen contando con la oportunidad nuevamente de cambiarse de régimen según lo dispuesto a ley 797 de 2003, antes de cumplir los 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional...”*

Manifiesta la apoderada que, si en gracia de discusión se admitiese la existencia del el vicio de nulidad ocurrido en el traslado, el mismo tuvo que ser advertido en ese momento de tal manera que cuenta con 4 años con el que cuenta el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico del traslado, de acuerdo al artículo 1750 del código civil, y como no lo hizo debe entenderse que se sanearía cualquier nulidad que pudiera existir, y como no lo hizo debe entenderse como una declaración tacita, es así que no es viable que hoy se pretenda la nulidad cuando el afiliado se da cuenta que no es acorde con sus aspiraciones económicas.

Reitera que se afectaría la estabilidad del sistema financiero del fondo de pensiones, y pone en riesgo los derechos fundamentales a la seguridad social de los demás afiliados como se dijo en sentencia T489 de 2010 donde se declara que no se puede permitir la descapitalización del fondo, cuando hay personas que le faltan menos de 10 años para concretar su pensión de vejez y pretenden beneficiarse del ahorro comunitario y de un fondo en el que no aportaron.

Igualmente frente a las costas, pide que no se condene a su representada Colpensiones por versar el hecho sobre un acto entre terceros ajenos a la intervención de Colpensiones.

**La parte demandada (AFP Porvenir S.A)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Sustenta su recurso manifestando que su representada cumplió a cabalidad con el deber de información en el momento en la que la demandante decidió el cambio de régimen pensional, en ese momento recibió la información necesaria veraz y suficiente para entender las consecuencias del traslado, que en ese momento no se exigía requisitos adicionales al formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, por lo que se estaría exigiendo un imposible jurídico, al exigir formalidades que no se encontraban vigentes sino que nacieron mucho después a la vida jurídica y que las mismas no tienen además naturaleza retroactiva.

Que frente al deber de información, dice que no solo es unilateral, la demandante también tenía el deber de informarse, y más cuando se está con una persona que

cuenta con todas sus capacidades, cita el art 1502 del código civil, que no existe una debilidad manifiesta en favor de la demandante, ni dominante en su representada, teniendo en cuenta que la relación y la ejecución de la afiliación del demandante son de acuerdo a la ley 100 de 1993 que es de conocimiento público.

Frente a la condena de devolver a Colpensiones lo depositado en la cuenta de ahorro individual es improcedente, porque si lo hecho por la representada nunca surgió a la vida jurídica, tampoco los rendimientos que hoy el fallador está obligando a devolver.

Que el fondo obró de buena fe, y que trató de cumplir con el objetivo del sistema de seguridad social que es la protección frente a las posibles contingencias de invalidez, vejez y muerte. Finaliza

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora **Fanny Anyul Sánchez Díaz**; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir el 19 de septiembre del 2000 con fecha de efectividad del 01 de noviembre del 2000 (folio 78 del expediente digitalizado 2019-926)

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

**2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.**

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Porvenir SA apporto: SIAFP, Consulta de viabilidad e historial de vinculaciones, resumen historial laboral OBP, Bono pensional, Historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos Porvenir S.A, relación de aportes, certificación de afiliación, respuesta solicitud de traslado de régimen pensional, formulario afiliación a pensiones obligatorias, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 19 de septiembre del 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado<sup>19</sup> de septiembre del año 2000, la demandante tenía 864.2 semanas (fl. 87 del expediente digital), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 27 de enero de 1959 – fl.27 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2019 (Actualmente ha cotizado más de 1.922 semanas fl.87 del expediente digital), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características,

determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

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

Respecto del argumento expuesto por la apoderada de la demandada AFP Porvenir, en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentada por la AFP Porvenir S.A.

Con relación a lo manifestado por la demandada Porvenir S.A., conforme a que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto,*

*cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación.

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Fanny Anyul Sánchez Díaz** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A el 19 de septiembre del 2000.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

**COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir S.A. y Colpensiones habrá lugar a condenarlas en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las demandadas y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

**RESUELVE**

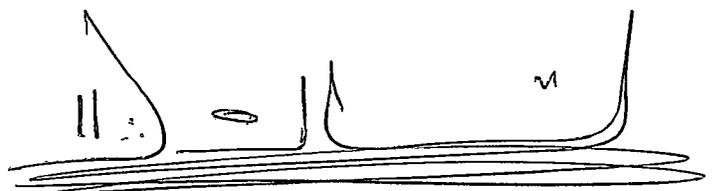
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 12 de agosto de 2021 por el juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las demandadas y a favor de la parte demandante.

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


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

(Rad. 11001310502020190092601)


**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502020190092601)

*Aclaro voto!*

**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502020190092601)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 21-2020-00200-01**

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

**DEMANDANTE: GLORIA AYDEE JULIO MONTENEGRO**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP COLFONDOS S.A.**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**  
**(COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de julio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada con tarjeta profesional No. del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.)

La parte demandante (fls.), la parte demandada Colpensiones (fls.) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 7 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Gloria Aydee Julio Montenegro instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Colfondos SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 2 medio magnético "01demandayanexos" , con subsanación "06SubsanacionDeDemanda", con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

1. Se declare la nulidad de la afiliación y/o la ineficacia de traslado, efectuada por el/la señor(a) Gloria Aydee Julio Montenegro del RPM al RAIS en el mes de Enero de 1995 ante la AFP Colfondos S.A, por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento, para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora.
2. Que, como consecuencia de la declaración de nulidad de afiliación y/o ineficacia de traslado, se ordene a AFP COLFONDOS S.A, retornar a la señora Gloria Aydee Julio Montenegro, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida - administrado por Colpensiones.
3. Se ordene a Colpensiones, recibir en el RPM a la señora Gloria Aydee Julio Montenegro y mantenerlo(a) como afiliado(a) sin solución de continuidad.
4. Se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.
5. Lo que ultra y extra petita el señor Juez considere.

## CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: Colfondos (fl.2 "11ContestacionColfondos.pdf"), y Colpensiones (fl.2 "12ContestacionDemandaColpensiones.pdf") de acuerdo al auto del 9 de abril de 2021, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 21 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 21 de Julio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Gloria Aydee Julio Montenegro al régimen de ahorro individual el 12 de enero de 1995, con fecha de efectividad a partir del 01 de febrero de 1995 por intermedio de Colfondos S.A. y, en consecuencia, declarar valida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones. **CONDENÓ** a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, bonos 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, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora Gloria Aydee Julio Montenegro . Para ello concedió el término de un (1) mes. **CONDENÓ** a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas. **CONDENÓ** en costas a cargo de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y a favor de la parte demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.500.000. **NO CONDENÓ** en costas a Colpensiones. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

### RECURSO DE APELACIÓN

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

Manifiesta que no comparte el criterio del despacho por cuanto la declaración de ineficacia del traslado conlleva a consecuencias que afectan el patrimonio de Colpensiones.

Acepta que existe criterio jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, pero menciona que debe analizarse cada caso en particular y en el presente caso, dice, la demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional, es decir, fue negligente frente a este aspecto.

Menciona también que la demandante tampoco hizo uso de los mecanismos legales como son la rescisión y el retracto, los cuales estaban contenidos en el mismo formulario que ella suscribió.

Señala que es menester tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional, sentencia C-242 de 2009 MP. Dr. Mauricio González Cuervo, respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional e igualmente, el principio constitucional contemplado en el artículo 48 de la Constitución, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 01 de 2005.

Reitera el principio que el interés general debe primar sobre el particular, y aduce que dicha declaración de ineficacia va a afectar el patrimonio público, toda vez que Colpensiones va tener que pagar una pensión de la hoy demandante, y señala que su ahorro fue de manera individual y no financió las pensiones del Régimen de Prima Media y su propio ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión.

Manifiesta que en consecuencia, si está afectando el patrimonio que maneja Colpensiones, y por ese motivo presenta el recurso de apelación con el fin de que el Tribunal revoque la decisión.

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el (la) señora **Gloria Aydee Julio Montenegro** el día 12 de enero de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Colfondos S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos el 12 de enero de 1995 con efectividad a partir del 1° de febrero de 1995, (fl.2 "11ContestacionColfondos.pdf" pagina 19).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco

condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Colfondos SA apporto: formulario de vinculación, SIAFP, estado actual del afiliado, comunicado de prensa diario El Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 12 de enero de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 12 de enero de 1995, la demandante tenía 556 semanas (fl.2 "01DemandayAnexos.pdf" pagina34), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 6 de septiembre de 1963 – fl.2 "01DemandayAnexos.pdf" pagina33) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2020 (Actualmente ha cotizado más de 1756 semanas fl.2 "01DemandayAnexos.pdf" pagina34), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **Gloria Aydee Julio Montenegro** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos S.A el 12 de enero de 1995.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

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

Por resultar desfavorable el recurso a la apelante Colpensiones, habrá lugar a condenarla en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en

la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

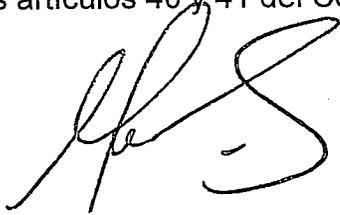
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de julio de 2021 por el juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada Colpensiones y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

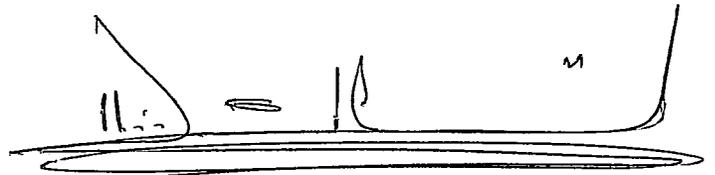
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310502120200020001)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502120200020001)

Aclaro Voto



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502120200020001)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**  
**SALA LABORAL**  
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 26-2020-00349-01**

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

**DEMANDANTE: MARTHA ROCIO LEON CAMACHO**

**DEMANDADO: AFP PORVENIR SA**  
**AFP SKANDIA SA**  
**AFP COLFONDOS SA**  
**COLPENSIONES**

**ASUNTO: CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 69 del CPT y la SS.

La parte demandante (fls.6 ss), la parte demandada Porvenir (fls.10 ss) y Colpensiones (fls. 15 ss), presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 13 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) Martha Rocío León Camacho instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, AFP Colfondos

SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 medio magnético "001.Demanda.pdf", con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad de la afiliación y/o la ineficacia de traslado, efectuada por mi mandante, del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) en el mes de junio de 1994 ante la AFP Colfondos, por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento, para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora.
2. Que en consecuencia de la anterior, se declare la nulidad de la afiliación y/o la ineficacia de traslado de la afiliación efectuada en mayo de 1999 a la AFP Porvenir.
3. Se declare la nulidad de la afiliación y/o la ineficacia de traslado de la afiliación efectuada en enero de 2009 de a la AFP Skandia Old Mutual.
4. Que, como consecuencia de la declaración de nulidad de afiliación y/o ineficacia de traslado, ordene a AFP Skandia Old Mutual , retornar a la demandante junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con Todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al régimen de prima media con prestación definida – administrado por Colpensiones.
5. Se ordene a Colpensiones, recibir en el régimen de prima media con prestación definida (RPM) a la demandante y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad.
6. Se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.
7. lo que ultra y extra petita el señor juez considere

#### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contestaron la demanda Colpensiones (fl.2 "006.ContestacionDemandaColpensiones.pdf"), AFP Colfondos (fl.2 "007.ContestacionDemandaColfondos.pdf"), AFP Skandia (fl.2 "009.Contestacion Demanda Skandia.pdf") y AFP Porvenir (fl.2 "010.Contestacion Porvenir.pdf") de acuerdo al auto del 4 de febrero de 2021. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de fondo.

#### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 8 de septiembre de 2021, **DECLARÓ** ineficaz el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad. **CONDENÓ** a Skandia a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes del demandante junto con los rendimientos causados y sin que haya lugar a descuentos por concepto de cuota de administración. **CONDENÓ** a Colpensiones para que acepte el traslado y tenga en cuenta para todos los efectos pensionales los aportes realizados por la demandante. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas. **CONDENÓ** en costas a cargo de Colfondos en la suma de \$800.000. **ORDENÓ** el grado jurisdiccional de consulta.

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

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

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el(la) señor(a) **Martha Rocio Leon Camacho** el día 14 de abril de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Colfondos SA, AFP Porvenir SA, y AFP Skandia SA devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos S.A. el día 14 de abril de 1994 con efectividad a partir del 1 de mayo de 1994, solicito trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el día 29 de abril de 1999 con efectividad a partir del 1 de junio de 1999, finalmente solicito trasladarse a AFP Skandia el 28 de noviembre de 2008 con efectividad a partir del 1 de enero de 2009 (fl.2 "009.ContestacionDemandaSkandia.pdf" pagina 30)

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco

condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda, Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Skandia S.A. aportó: historia laboral, formulario de afiliación, historia laboral valida OBP, estado de cuenta individual. AFP Porvenir aportó: SIAFP, formulario de vinculación, copia publicación diario El Tiempo, copia concepto Superintendencia Financiera de enero de 2020, copia de respuesta a solicitud del demandante, copia respuesta de fecha 4 febrero de 2020, copia certificado de egreso, copia relación de aportes, copia relación histórica movimientos CAI de la demandante. AFP Colfondos S.A. aportó: comunicado de prensa diario El Tiempo, certificado de existencia y representación legal.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 14 de abril de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual

a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 14 de abril de 1994, el(la) demandante tenía 612.86 semanas (fl 2 "009.ContestacionDemandaSkandia.pdf"pagina53) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 15 de junio de 1962 – fl.2 "003.Prueba 19 11 2020.pdf" pagina 15) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad podría pensionarse en el año 2019 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1759,57 semanas – (fl 2 "009.ContestacionDemandaSkandia.pdf"pagina53), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier

norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **Martha Rocio Leon Camacho** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos S.A el 14 de abril de 1994.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

**COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

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

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2021 por el juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá,

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia

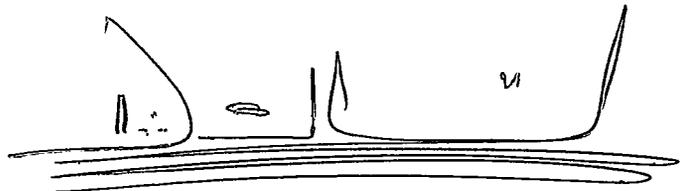
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310502620200034901)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502620200034901)

*Aclaro Voto!*



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502620200034901)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador  
Radicación No. 27-2019-00462-01**

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

**DEMANDANTE: RAUL FONSECA  
DEMANDADO: AFP PORVENIR SA  
COLPENSIONES  
ASUNTO: RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA  
(PORVENIR SA Y COLPENSIONES) CONSULTA  
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir S.A., y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de julio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandante (fl.165-170), las partes demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones (fls.159-164) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 7 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) Raúl Fonseca instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad y/o ineficacia según se demuestre, del traslado de el demandante del RPM al RAIS suscrita por la parte demandante en la solicitud de vinculación con Porvenir el día 8 de septiembre de 1994, por lo que resulta nula e ineficaz la afiliación a Porvenir, por existir vicios en su consentimiento.
2. Se declare que las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiéndose que para todos los efectos jurídicos la actora permaneció siempre en el RPM, advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado al RAIS no puede producir efectos al no haberse realizado en forma libre y espontánea.
3. Se ordene a Porvenir la devolución a Colpensiones, de todas las sumas de dinero, bono, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante el tiempo que dichas sumas estuvieron en poder de esa administradora.
4. Se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación del demandante, considerando que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliado al RPM, recibir los aportes y rendimientos devueltos por Porvenir, actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a disposición del demandante.
5. Se declare que es nulo cualquier reconocimiento prestacional que haya realizado o llegue a realizar Porvenir, tal como pensión de vejez o devolución de aportes y que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban, definiendo las prestaciones mutuas por la devolución al RPM.
6. Si al momento de fallar el demandante ha cumplido la edad para adquirir pensión de vejez, y cumplidos los requisitos que establece la ley, se declare que el actor tiene derecho a la pensión de vejez para el RPM, y en consecuencia se condene a Colpensiones, a su reconocimiento en los términos que por ley corresponda; junto con los intereses moratorios o la indexación que corresponda.
7. Se condene a Porvenir al reconocimiento y pago que como agencias en derecho corresponda a la suma de seis millones quinientos mil pesos.
8. Se condene a Porvenir, a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexadas, por el periodo que el demandante permaneció afiliado a esta administradora.

## CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda AFP Porvenir SA (fl.125-151) y Colpensiones (fl.66-83) de acuerdo al auto del 16 de septiembre de 2019. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 2 de julio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del señor Raúl Fonseca 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 cesantías Porvenir S.A. **CONDENÓ** a la demandada, administradoras de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A., a devolver a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Raúl Fonseca como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de pensión mínima. **CONDENÓ** a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a tener como válidamente afiliado al señor Raúl Fonseca al régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir las cotizaciones provenientes de la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A. **CONDENÓ** a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES a pagar al señor Raúl Fonseca, identificado con Cédula de ciudadanía 19314164 la pensión de vejez en cuantía de \$2'984.993 pesos, a partir del 1° de enero de 2021, la cual deberá reajustarse anualmente y pagarse con una mesada adicional, es decir, se pagarán 13 mesadas al año, Deberá pagarse las mesadas adeudadas de manera indexada de que cada una de las mesadas pensionales se haya hecho exigible hasta el momento en que se efectúe el pago. **CONDENÓ** a Colpensiones a pagar al actor, por concepto de retroactivo de las mesadas Pensionales adeudadas entre el 1° de enero de 2021 al 30 de junio de 2021, la suma de \$17'909.958 pesos y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando e incluir al demandante en nómina de pensionados. **DECLARÓ** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. **CONDENÓ** a la demandada, administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR, en la suma de 1 millón de pesos como agencias en derecho en favor del demandante. **NO CONDENÓ** en costas a COLPENSIONES. **ORDENÓ** el grado jurisdiccional de consulta.

### **RECURSO DE APELACION**

La parte demandada (Colpensiones S.A.) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Pide tener presente que los argumentos esgrimidos dentro de la sentencia no tuvieron en cuenta algunas reglas aplicables dentro de las relaciones contractuales adquiridas por la parte demandante, plantea que se debe tener para la resolución del caso los siguientes aspectos: en primera medida las obligaciones legales y contractuales que tenía el trabajador en ese momento, dentro del Decreto 2241 del 2010, presentando dentro del presente caso un silencio del consumidor financiero, por no tener una adecuada atención y revisión en ningún momento del contrato y por la firma posterior de esa afiliación directamente con fondos privados.

Pide también tener en cuenta que la responsabilidad dada a Colpensiones y que lleva a recibir directamente al demandante en el régimen de prima media, no exonera en ningún momento que el daño producido directamente por las AFP no inculque responsabilidad directa más allá de la devolución de los dineros. Denota que dentro del presente caso que Colpensiones es la única afectada dentro de este tipo de sentencias, y que en este tipo de sentencias no interesa lo que Colpensiones conteste dentro de una demanda, pues manifiesta que no será tenido en cuenta dentro de una demanda.

Manifiesta que se trata de demostrar que, efectivamente, existe un desbalance financiero, y más que hay que hacer un reconocimiento pensional, con retroactivo incluido, en el que los demandados, las AFP pueden hacer la devolución de dineros, pero Colpensiones tiene que devolver, de la misma devolución de dineros, unos aportes, lo cual generaría un desbalance financiero, por lo que pide no obviar esto.

Recuerda que para los traslados no era exigible a los fondos privados el nivel de asesoría que se expone dentro de las sentencias de la Corte Suprema, dice que no es exigible una documentación adicional, toda vez que, por más que se diga que hay otros elementos materiales probatorios, se pregunta el apoderado ¿cuál podría ser? Si, solamente para la época directamente se exigía el formulario de afiliación.

Expone que en la relación legal del demandante y el fondo privado, Colpensiones es totalmente externa a ese negocio jurídico y no puede verse afectada al recibir la carga prestacional del demandante, toda vez que esto genera un desbalance a la estabilidad financiera.

Pide recordar que en ningún momento las AFP estaba negando el derecho al reconocimiento pensional, sino que solamente se demuestra que el traslado o la solicitud de ineficacia del traslado, realizado por la parte demandante, fue por un inconformismo dentro de la mesada pensional. Señala que en el proceso no se vio en ningún momento un riesgo directamente el derecho pensional, toda vez que, las mismas AFP se encargan, conforme a su régimen, de asegurar el reconocimiento pensional, asumido directamente por el demandante desde el momento de su traslado

Señala que Colpensiones es la única demandada dentro de este tipo de procesos que no tiene forma de defenderse y queda atada, directamente, a las intervenciones que logren demostrar las AFP, siendo más gravosa la situación dentro de este proceso, cuando esas AFP se allanan a las pretensiones.

Dice que en el presente caso hay que tener en cuenta que la AFP realizó todo lo posible para poder defenderse y, hay que tener en cuenta, que a Colpensiones en ningún momento se le tuvo en cuenta los argumentos expuestos dentro de la contestación, en el sentido de que, efectivamente, va a ser la única responsable y que no tiene forma efectiva de demostrar que hubo un diligenciamiento, toda vez que a Colpensiones no le era obligatorio, directamente, realizar una doble asesoría, toda vez que en el momento del traslado esto no era existente.

Finalmente menciona que por lo anterior no se puede pretender que la única responsable, existente dentro de este tipo de negocios jurídicos, entre el demandante y la AFP, sea Colpensiones y no se pueda llegar a sustentar del por qué sea una obligación objetiva para Colpensiones.

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

Considera que resulta fundamental en este caso tener en cuenta que la afiliación del actor en Porvenir se da el 8 de septiembre de 1994, ello de cara a la evolución del deber de información. Menciona que Porvenir se aparta de las consideraciones del despacho, en cuanto a las normas aplicables y la interpretación de las mismas en el caso, cuando se hace alusión al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que sirve de fundamento para hablar en este caso de una afiliación informada.

Considera que no es dable darle interpretación en tal sentido a dicha norma; el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 habla de la selección libre y voluntaria y señala que no hay lugar a que ello sea desconocido por una persona natural o jurídica, y hace alusión a que, si se hace, se dará aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Señala que el artículo 13 hace alusión a la libertad, a la afiliación sin coacción, situación que se encuentra acreditada en este caso y no impone deber de información a las administradoras de los fondos de pensiones, como tampoco ningún tipo de consecuencia, dice que la norma no establece esto, y tampoco lo hacen sus secretos de lamentarías y el artículo 271, lo que regulan este caso es una sanción, pero no crea derechos de carácter sustancial, razón por la cual dice que Porvenir se aparta de esta interpretación.

Expresa que de acuerdo con la evolución del Derecho, se tiene que hacia el 2010 con el Decreto 2555 es que inicia el desarrollo del deber de información. En ese sentido, considera que no es dable darle efecto retroactivo a las normas que se han creado respecto de la obligación de suministrar información por parte de los fondos privados a los afiliados o a los

usuarios y posibles afiliados y dice que no es posible llevar obligaciones que nacen con posterioridad a un momento en que no era exigibles.

Considera también que no es dable invertir la carga de la prueba, menciona que la carga de la prueba se invierte cuando hay negaciones indefinidas, pero en el escrito de la demanda, a su juicio, no hay negaciones indefinidas, por el contrario, se indica que, para efectos del traslado, se le indicó al demandante que el ISS se iba a acabar, que perdería cotizaciones, que su pensión sería superior, afirmaciones contenidas en el escrito de demanda no son negaciones indefinidas y, en ese sentido, considera que no era dable de ninguna manera considerar, en este caso, que había que invertirse la carga de la prueba a favor del actor y a cargo de Porvenir.

Pide notar que pese a que legalmente no tenía el deber de información en los términos en que lo solicita la parte actora y en que lo estableció el despacho en la sentencia, sí dio información y esta información dada se encuentra indicada en el escrito de demanda, lo cual, constituye confesión en cuanto al hecho de tener pensión anticipada, lograr la devolución de los aportes, esas son manifestaciones que están en el escrito de demanda y que dice, no pueden desconocerse en este caso. Menciona que el demandante también lo señaló en el interrogatorio de parte. Por lo que le solicita al honorable Tribunal analizar detalladamente las manifestaciones del actor en el interrogatorio de parte y que permiten establecer que sí hubo información por parte de Porvenir.

Señala que de acuerdo con el interrogatorio de parte, lo que motiva el traslado del actor, es lo manifestado con relación a que terminó con un promedio de salario alto, y que le sorprende que Porvenir le indique que solo puede recibir una pensión de un salario mínimo y que en Colpensiones la base sería más alta, con lo cual, le ayuda a recibir una mesada más alta. De acuerdo con esta manifestación realizada en el interrogatorio de parte, expresa que es claro que lo que motiva el traslado de régimen pensional, no es una eventual omisión en el deber de información, como se señaló en el fallo en primera instancia, sino una motivación de carácter netamente económica y en ese sentido, considera que esta circunstancia debe ser evaluada por parte del Tribunal, como quiera que, el hecho de no estar de acuerdo con lo que puede ser la prestación económica, no significa que haya lugar a un retorno al régimen de prima media, como quiera que, no se encuentra acreditado de ninguna manera el perjuicio y esa diferencia no va a conllevar a la ineficacia propiamente dicha.

Adicionalmente, considera que en este caso también debe evaluarse el incumplimiento de obligaciones por parte del actor como consumidor financiero y como afiliado al sistema general de pensiones, circunstancia que no fue analizada en este caso por el fallador en primera instancia, como quiera que no puede pasarse por alto que el demandante tenía en este caso el deber de informarse, el deber de conocer eventualmente sobre su derecho pensional y no lo hizo, y así lo manifestó en el interrogatorio de parte.

Pide notar que en el mismo interrogatorio de parte indicó que, inclusive, Colpensiones, o antes, el Instituto de Seguros Sociales, tampoco le informó como adquiriría su derecho

pensional en dicha entidad, entonces dice que se ve en el presente caso como hay una carga o una obligación que se deja únicamente en el fondo privado, pasando por alto la afiliación inicial y las demás circunstancias expuestas por el demandante en el interrogatorio de parte.

### **Gastos de administración**

Manifiesta que si el honorable Tribunal Superior dispone confirmar la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, de manera respetuosa solicita al Tribunal revocar las condenas impuestas en el presente caso para la devolución de gastos de administración, comisiones, fondo de Garantía para pensión mínima por las siguientes razones:

Señala que el demandante desde 1994 hasta hoy, se encuentra con afiliación vigente en Porvenir, la Ley 100 de 1993 en su artículo 20 establece, tanto para el régimen de prima media como para el régimen de ahorro individual, cuáles son los conceptos que deben ser seducidos del aporte de que realizamos los afiliados al sistema.

Pide notar que una persona que esté bien en el régimen de prima media o en el régimen de ahorro individual debe aportar para gastos de administración y para seguros de invalidez y sobrevivencia, en este sentido, denota que se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, es decir, que pierde efectos el acto que tuvo el demandante el 8 de septiembre de 1994 y si eso es así resulta contradictorio que se tenga en cuenta para la condena a la gestión realizada por Porvenir desde el 94 hasta el día de hoy, con lo cual se generaron unos rendimientos que jamás se hubiesen generado en el régimen de prima media.

Apela que el despacho dispone en este caso que Porvenir traslade los gastos de administración a Colpensiones, pero nos condena a que, de ninguna manera, podemos quedarnos con lo que legalmente nos correspondía por gastos de administración. Señala que entonces, la ineficacia no se aplica en su totalidad, pero además, de manera desproporcionada, se desconoce la gestión de administración que realizó Porvenir durante todos estos años y que le ha generado rendimientos al actor.

Por lo anterior, considera que, si han de trasladarse los rendimientos, no pueden desconocerse, de ninguna manera, esta gestión que fue llevada por Porvenir de forma legal y que además ha producido rendimientos a favor del actor.

Señala que lo mismo ocurre en este caso con los seguros previsionales para invalidez y sobrevivencia; menciona que es una cobertura que el demandante siempre tuvo frente a esos riesgos, cobertura que de igual forma hubiese tenido en el régimen de prima media y son dineros que se encuentran ya en manos de terceros porque esos dineros son trasladados a las aseguradoras.

Por la anteriores razones, considera Porvenir que, en caso de que se mantenga el traslado, no hay lugar a entregar lo que ya se descontó por esos conceptos durante estos años, atados a la debida gestión, además, son sumas que de ninguna manera van a financiar la

pensión del demandante en el régimen de prima media y pues que no deben ingresar en ese sentido a dicha administradora.

### CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el(la) señor(a) **Raul Fonseca** el día 8 de septiembre de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado al RPM. **3.** Si el demandante tiene derecho o no al reconocimiento pensional.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA el 8 de septiembre de 1994 con efectividad a partir del 1 de octubre de 1994. (fl.154)

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

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

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

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

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

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

administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda, Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir aportó: Formulario afiliación, SIAFP, certificado de egreso, resumen historia laboral, respuestas a solicitudes de información, relación de aportes, historia laboral consolidada, comunicado de prensa El Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 8 de septiembre de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 8 de septiembre de 1994, el(la) demandante tenía 669 semanas (fl 177) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 36 años (nació el 27 de junio de 1958 – fl.30) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría haberse pensionado en el año 2020 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.937 semanas – (fl.177), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, de tal manera que para tener una mesada pensional siquiera igual a la de

Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

Ahora bien, conforme el punto de apelación de las demandadas Porvenir y Colpensiones, en relación a que el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación, y al señalamiento de Porvenir con relación a que la demanda se encuentra motivada por un descontento en el valor de la mesada pensional y no en la falta de información, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

*(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...)*”

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional

Ahora bien, en cuanto a la apelación de Porvenir relacionada con la inversión de la carga de la prueba, la misma sentencia referida SL 1452 de 3 de abril de 2019, señala también:

*(...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)*”

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de

administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Porvenir S.A.

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Raul Fonseca** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Porvenir el 8 de septiembre de 1994.

#### **RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ:**

Ahora bien, el Juez de instancia condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor de el demandante, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Teniendo en cuenta lo anterior, es del caso resaltar que, solo será objeto de estudio por parte de la accionada **Colpensiones** el reconocimiento de la pensión de vejez, cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la totalidad de datos y dinero del demandante en el régimen de prima media.

Lo anterior, como quiera que si bien dentro del RPM es menester exigir para el reconocimiento de cualquier prestación el retiro del sistema previamente por parte del afiliado, lo mismo ocurre en el caso bajo estudio, pues es indispensable que los aportes de la afiliado se encuentren debidamente reflejados en el reporte de historia laboral dentro del régimen de prima media, a efectos que Colpensiones pueda analizar su situación particular con datos concretos, y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra el demandante.

En consecuencia, se **REVOCARÁ** el numeral cuarto y quinto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a Colpensiones respecto del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 a favor de la aquí demandante.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

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

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

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** **REVOCAR** el numeral cuarto y quinto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a Colpensiones

respecto del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 a favor de la aquí demandante.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la decisión de primera instancia, sentencia proferida el 2 de Julio de 2021 por el juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada AFP Porvenir S.A., y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes.

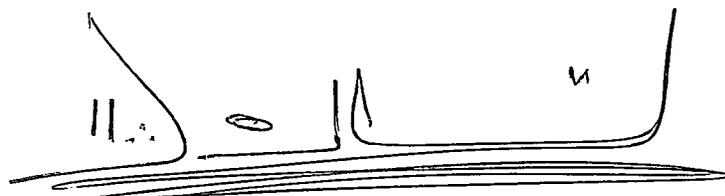
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310502720190046201)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502720190046201)

Aclamo Voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502720190046201)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 28-2020-00128-01**

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

**DEMANDANTE: FLOR ANGELA VELASQUEZ COLORADO**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR S.A.**  
**AFP PROTECCIÓN S.A.**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP**  
**PORVENIR Y COLPENSIONES) // CONSULTA**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de octubre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus con tarjeta profesional No.221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.96)

La parte demandante (fls.83), la parte demandada Porvenir S.A. (fls.88) y Colpensiones (fls.92) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en

auto de 3 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Flor Angela Velasquez Colorado instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, AFP Protección SA y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

1. Se declare la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, debido a la falta del deber de información, inadecuada asesoría, e inducción en error a la actora, por el asesor comercial de Porvenir S.A.
2. Se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación a la administradora de fondos privados de pensiones realizada el 9 de octubre de 1998, por mantener a la demandante inducida en error, realizado por Porvenir S.A.
3. Se declare que Porvenir S.A. nunca entrego ni presento a la demandante, la simulación pensional y/o proyección de pensión, con anterioridad a la afiliación a esa entidad.
4. Se ordene a Porvenir S.A. realizar el traslado a Colpensiones de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas o comisiones de administración.
5. Se ordene a Porvenir S.A. a pagar de ser el caso las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en RPM, los cuales serán asumidos a cargo de su patrimonio. Y se conmine a Colpensiones a garantizar el recaudo de tales diferencias.
6. Se ordene a Colpensiones a recibir el traslado de las sumas de la AFP Porvenir, activar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad, y actualizar su historia laboral.
7. Se declare que como consecuencia de la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, es Colpensiones la encargada de reconocer la pensión a la demandante desde el momento en que acredite los requisitos legales para pensionarse.

8. Se condene ultra y extra petita lo que se encuentre probado dentro del proceso.
9. Se condene a las demandadas a reconocer y pagar al demandante las costas y agencias que ocasione el juicio.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: Porvenir (fl.56), y Colpensiones (fl.42-47) de acuerdo al auto del 4 de marzo de 2020, y se oponen a las pretensiones de la demandante y propone excepciones de mérito. Protección (fl.59) vinculada como litisconsorcio necesario mediante auto del 9 de febrero de 2021, se oponen a las pretensiones de la demandante y propone excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 28 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 11 de octubre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de Régimen Pensional efectuado por la demandante al RAIS de fecha 26 de junio de 1996, por intermedio de la administradora AFP Protección S.A. y, en consecuencia declarar como afiliación válida la del RPM administrado hoy por Colpensiones. **CONDENÓ** a AFP Porvenir S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante. **CONDENÓ** a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPM y a actualizar su historia laboral. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas **CONDENÓ** en costas a las demandadas, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de las demandadas. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

### RECURSO DE APELACIÓN

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

Solicita que se revoquen las condenas impuestas en contra de Porvenir en lo que tiene que ver con el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia, en donde se declara la ineficacia del traslado de Régimen pensional de la demandante. El numeral segundo, en el

cual se ordena a Porvenir S.A a devolver al RPM los aportes, las cotizaciones, los bonos pensionales con sus frutos e intereses sin descuentos por concepto de gastos de administración o seguros de invalidez. Y así mismo, el numero cuarto de la sentencia donde se declaran no probadas las excepciones de mérito y el numeral quinto que trata de las costas por valor de \$1.000.000 como agencias en derecho a cargo de Porvenir.

Sustenta el recurso manifestándole a la Sala que considera que no existían razones para que se declarara la ineficacia del traslado del Régimen Pensional, pues dice que ese traslado de la parte demandante se realizó de manera espontánea sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, tal como la demandante lo reconoce al momento de absolver el interrogatorio de parte y además cumpliendo con los requisitos exigidos en la ley para ese momento, cuando realiza el traslado de Régimen Pensional con la AFP Protección en el año de 1996.

Destaca que Porvenir para el año 1998 cuando se realiza el traslado horizontal entre AFP del RAIS, cumplió también con ese deber de información que se encontraba establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues dice que le entregó a la parte actora la información de manera verbal y posteriormente, la demandante suscribe el formulario de afiliación, el cual recuerda, fue revisado y aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria y sus requisitos se regulan en el artículo 12 del Decreto 692 del año 1994.

Señala que Porvenir ha hecho campañas masivas para la educación de los consumidores financieros y también ha realizado diferentes comunicados de prensa informando los cambios normativos en materia de Régimen Pensional.

Resalta también, en relación con pruebas documentales que puedan haberse extrañado dentro del proceso, frente a aquellos documentos que puedan lograr acreditar la entrega de información, manifiesta a la Sala que esta no era una obligación que se encontraba vigente para el momento del traslado de la parte accionante, señala que dicha obligación surge a través de la circular 016 del año 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que arguye no es acertado hablar o decir que el fondo de pensiones Protección, o incluso Porvenir esté en una mejor posición probatoria para acreditar de manera documental la información que se le brindó a los potenciales afiliados, pues menciona que esta información se daba de manera verbal a través de los asesores que estaban completamente instruidos y capacitados para entregar la información sobre los términos, requisitos, condiciones, que se necesitan cumplir para poder acceder a las diferentes prestaciones que ofrece el RAIS.

Manifiesta que la obligación del buen consejo, la doble asesoría e incluso la de desincentivar la afiliación, son obligaciones posteriores que surgen a partir del año 2010 y a partir del año 2014 a través de las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de

Justicia como la SL 1688 de 2019, la SL 1689 de 2019, también la SL 3464 de 2019, por poner algunos ejemplos.

Entonces expresa que tales obligaciones no existían para la época de la afiliación de la demandante que se da en el año de 1996, porque dice que esta línea jurisprudencial es de una data reciente, por lo cual insta, no puede dársele una aplicación de manera retroactiva frente a unos traslados que se dieron hace más de 20 años.

Señala que el demandante incumplió el deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, y dice que esto no puede conllevarla a que la señora Flor pueda ser beneficiaria de su propia culpa o de su negligencia en el actuar. Señala que dentro del interrogatorio de la demandante manifiesta que no hizo uso de los diferentes canales de atención al usuario que tienen los fondos a los cuales estuvo afiliada por más de estos 20 años para consultar o satisfacer dudas sobre su situación pensional.

Revela que las condiciones del RAIS no son impuestas por las administradoras de fondos pensionales, que por el contrario, dichas condiciones para que las diferentes prestaciones dentro del Régimen se encuentran en la ley 100 de 1993 por lo que señala que la ignorancia o el desconocimiento de la norma, no sirven de excusa, tal como lo establece el artículo 9 del código civil colombiano.

#### **Gastos de administración**

En lo concerniente a la condena consistente en que Porvenir no puede hacer algún tipo de descuentos por motivos de gastos de administración y deba retornar estos dineros al RPM incluso lo de los seguros de invalidez o sobrevivientes que fueron adquiridos con Aseguradoras respecto a estas condenas, precisa que considera que las mismas no son procedentes, toda vez que los gastos de administración y lo de las primas de reaseguros obedecieron a un descuento que está debidamente autorizado por la ley.

Manifiesta que esas sumas están establecidas en el mandato legal del artículo 20 de la ley 100 de 1993 y este artículo nos señala que en el RAIS un porcentaje del IBC se destina a que las cuentas individuales de ahorro pensional, el 0.5% se destina al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS y el 3% restante se destina a financiar los gastos de administración, la prima de los reaseguros de FOGAFIN y la prima de los seguros de invalidez y de sobrevivientes.

Señala que esos descuentos efectuados por Porvenir en su momento, cumplieron a cabalidad con el objetivo y con la destinación legal, por lo que los mismos no se encuentran en el patrimonio de Porvenir en la medida en que estos descuentos en primer lugar fueron utilizados para la generación de unos frutos y unos rendimientos financieros a favor de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante. En segundo lugar, porque se utilizaron para cubrir los riesgos de invalidez y muerte a los que estuvo expuesta la demandante

durante todo el tiempo que ha venido afiliada a Porvenir, por lo que indica que no es viable tener que retrotraerlos en atención a que la cobertura y el servicio efectivamente fueron prestados.

Expresa que si la condena de devolver los gastos de administración fuera confirmada por el Tribunal, se estaría frente a un enriquecimiento sin causa en favor de la parte demandante, en la medida en que se van a estar inaplicando las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de la nulidad o de la ineficacia de un acto jurídico, siendo necesario reiterar que estas sumas descontadas por Porvenir, fueron invertidas para el mantenimiento de las cotizaciones y por supuesto, para el incremento de los recursos que reposan en la cuenta de ahorro individual.

Recuerda que estos gastos de administración se dan teniendo en cuenta la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima que establece el literal e del artículo 60 de la ley 100 de 1993. Y finaliza diciendo que también se debe tener en cuenta que toda decisión judicial de traslado de Régimen Pensional debe tener como objetivo constitucional la estabilidad y la sostenibilidad financiera del SSS en pensiones, por lo que menciona que en la actualidad se hace necesario hacer un análisis más amplio de las consecuencias que se derivan de autorizar unas solicitudes de traslado que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema.

Concluye expresando que Porvenir debe ser absuelta de las pretensiones y de las condenas que fueron impuestas en primera instancia, así también dice que debe ser absuelta de la condena en costas y agencias en derecho que fue proferida por parte del Juzgado.

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

Argumenta que el caso valorado bajo la figura de la ineficacia y no la nulidad, se evidencia que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que sugirieran su inconformidad de pertenecer al RAIS. Señala que a la fecha se tiene una densidad considerable de años que no denota que las alegadas falencias, engaños, falta de información sean contrarias al fenómeno jurídico de la ratificación que perfecciona el acto ineficaz con ocasión al artículo 898 del código de comercio, que expresa que la ratificación de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes, perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación e igualmente dice que lo sustenta la sentencia SL413 del 2018, SL3752 del 2020, SL1061 del 2021 que desarrollan los actos de relacionamiento en atención a la densidad de años de la parte actora en el RAIS.

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA efectuado por el (la) señora **Flor Angela Velasquez Colorado** el día 26 de junio de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Protección el 26 de junio de 1996 con efectividad a partir del 1° de agosto de 1996, y finalmente se trasladó a la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir el día 9 de octubre de 1998 con efectividad a partir del 1° de diciembre de 1998 (fl.56 "contestación Porvenir.pdf" pagina 28).

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

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

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

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

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Porvenir SA apporto: consulta viabilidad y vinculaciones SIAFP, historia laboral OBP, bono pensional, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos cuenta, certificado de afiliación, formulario de vinculación, formulario afiliación pensiones voluntarias, AFP Protección apporto: formulario vinculación, historia laboral, SIAFP, brochare donde explica diferencias de regímenes pensionales, movimientos cuenta de ahorro individual, políticas de asesoramiento, concepto de la Superintendencia Financiera No 2015123910-002 y comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de junio de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 26 de junio de 1996, la demandante tenía 673 semanas (fl.56 "contestación.pfd" pagina35), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 11 de abril de 1962 – fl.2) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2019 (Actualmente ha cotizado más de 1416 semanas fl.56 "contestación.pfd" pagina35), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el

artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración y primas de seguros, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo

Tribunal adoctrinó: *“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Porvenir S.A.

Con relación a lo manifestado por la demandada Porvenir S.A., conforme a que la obligación del buen consejo, doble asesoría y desincentivar la afiliación surgen a partir del 2010, que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación según el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, que dicho traslado lo firmo el afiliado de manera espontánea, sin presiones y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene*

*explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación.

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **Flor Angela Velasquez Colorado** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Proteccion S.A el 26 de junio de 1996.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

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

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, habrá lugar a condenarlas en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de octubre de 2021 por el juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes.

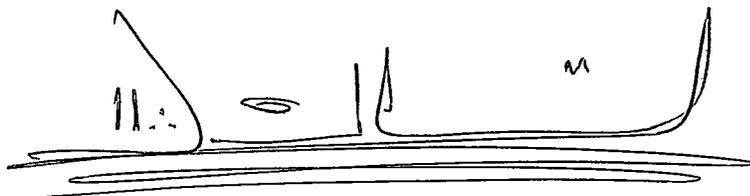
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310502820200012801)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502820200012801)

Aclaro voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502820200012801)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 30-2019-00530-01**

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

**DEMANDANTE: MARTHA PILAR MENDEZ BAUTISTA**

**DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PORVENIR S.A.**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP  
PORVENIR SA) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de junio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería al abogado Winderson José Moncada Ramírez con tarjeta profesional No. 334.200 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para todos los efectos del poder allegado (fl155).

La parte demandante (fls164-167), la parte demandada Porvenir S.A. (fls.142-152) y Colpensiones (fls. 153-163) presentaron alegaciones por escrito, según lo

ordenado en auto de 15 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Martha Pilar Méndez Bautista instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 62, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad de la afiliación realizada al RAIS promovida por la AFP Porvenir S.A. en nombre de la demandante.
2. Se condene en consecuencia, a las demandadas a determinar que la demandante jamás dejó de pertenecer al RPM.
3. Se condene a la AFP Porvenir S.A., en la que figura activa la demandante, la devolución a Colpensiones, de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con todos sus rendimientos, sin descontar comisiones de manejo de la cuenta.
4. Se condene a las demandadas al pago de lo que resulte probado extra y ultra petita.
5. Se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: Porvenir S.A: (fl.115-131) y Colpensiones (fl.102-112) de acuerdo al auto del 30 de septiembre de 2019, se oponen a las pretensiones de la demandante y propone excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 30 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 29 de junio de 2021, **DECLARÓ** nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante del RPM administrado por el extinto ISS hoy encabeza de Colpensiones, mediante la suscripción del formulario de solicitud de vinculación o traslado a la AFP Porvenir S.A., con efectividad a partir del 1 de mayo de 1999. **DECLARÓ** válidamente vinculada la demandante al RPM administrado hoy por Colpensiones. **CONDENÓ** a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y

los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que ha permanecido en dicho régimen la demandante, es decir desde el 1 de mayo de 1999 hasta que se haga efectivo su traslado, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados. **ORDENÓ** a Colpensiones que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPM. **DECLARÓ** no probadas las excepciones planteadas por las accionadas. **CONDENÓ** en costas incluidas las agencias en derecho a Porvenir S.A. y a favor de la demandante, la suma de \$ 3.488.740. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

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

#### **Deber de información**

Manifiesta que para declarar la ineficacia por parte del fallador de primera instancia, acontecieron respecto al deber de información como una obligación de ser probada por parte de Porvenir, de suministrar una información clara y suficiente sobre los efectos que acarrea un cambio de régimen pensional.

Apela que no se valoró que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación o formulario de afiliación, documento público, el cual expresaba que la actora hacía constar que realizaba de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del Régimen de Ahorro Individual conforme lo exigía el artículo 114 de la ley 100 de 1993. Señala que no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación, sino de un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante, quien se presume como una persona capaz para obligarse.

Expresa que en el hipotético de aceptar que la voluntad de la afiliada estuvo viciada por la ausencia total de la información o que esta fue insuficiente al momento de realizar el traslado, es incuestionable e inocultable que siempre se le garantizó el derecho de retracto, pues dice que así lo dispuso inicialmente el artículo 3 del Decreto 1161 del año 1994, también el literal y artículo 13 de la ley 100 de 1993 y la modificación introducida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Indica además que con la declaratoria de la ineficacia del traslado entre regímenes, se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con que contaba la demandante, definida en jurisprudencia constitucional, específicamente en la sentencia C-349 del 2006 como el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efectos vinculantes de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres.

### **Gastos de administración**

Apela que tampoco procede la condena por la devolución de gastos de administración, refiere que de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, también en el Régimen de Prima Media se destinó un 3% de la cotización a financiar gastos de administración, estos, encaminados también a financiar pensión de invalidez y sobrevivencia, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno prescriptivo.

Pide atender que el hecho de que ordenar este traslado de gastos de administración a Colpensiones, se configura un enriquecimiento ilícito a favor de la demandada, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución, pues señala que de forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes, el artículo 113 literal b de la ley 100 de 1993 menciona cuales son los dineros que deben ser trasladados cuando existe cambio de régimen pensional, esto es, el saldo de la cuenta individual incluidos sus rendimientos.

Evidencia que estos gastos de administración no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él, sino que pertenecen al fondo privado como contraprestación a la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta individual del afiliado.

Expresa que no procede esta pretensión, y menciona que debe condenarse a la parte demandada a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, ya que así lo tiene decantado la Sala Civil de la honorable Corte Suprema de Justicia, tratándose de la restituciones mutuas, uno de los efectos jurídicos previstos en el artículo 1746 del código civil, en cuanto a la nulidad de un acto jurídico, en cuanto a que la parte que recibe frutos de la relación contractual declarada nula, está en la obligación de restituirlos, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin causa.

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora **Martha Pilar Mendez Bautista** el día 23 de marzo de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir el 23 de marzo de 1999 con efectividad a partir del 1 de mayo de 1999 (fl.7).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse

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

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Porvenir SA aportó: Certificado SIAFP, formulario de vinculación, copia comunicado de prensa El Tiempo, concepto Superintendencia Financiera de enero de 2020, copia respuesta emitida simulación pensional del 4 de octubre de 2019, copia del certificado de afiliación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 23 de marzo de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 23 de marzo de 1999, la demandante tenía 747 semanas (fl.8), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 20 de junio de 1958 – fl8) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2015 (Actualmente ha cotizado más de 1775 semanas fl.8), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio

que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

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

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

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

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir, en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con*

*prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentada por la AFP Porvenir S.A.*

Con relación a lo manifestado por la demandada Porvenir S.A., conforme a que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación.

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Martha Pilar Méndez Bautista** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A el 23 de marzo de 1999.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

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

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

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 29 de junio de 2021 por el juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada AFP Porvenir S.A. y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

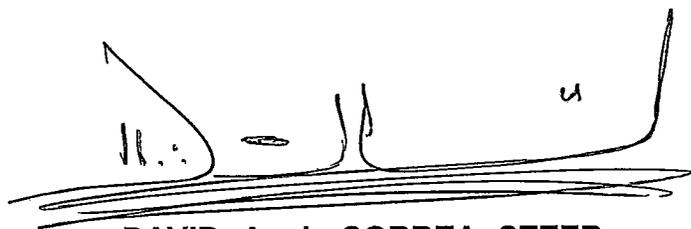
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310503020190053001)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310503020190053001)

Aclaro Voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503020190053001)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 30-2019-00692-01**

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

**DEMANDANTE: ELIZABETH MELO ACEVEDO**

**DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PROTECCION S.A.  
AFP SKANDIA S.A  
AFP PORVENIR S.A.**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP  
PROTECCION, AFP PORVENIR, AFP SKANDIA) //  
CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir, Protección, y Skandia) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de julio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería al abogado Winderson José Moncada Ramírez con tarjeta profesional No. 334.200 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para todos los efectos del poder allegado (fl310).

La parte demandante (fls291), la parte demandada Porvenir S.A. (fls.299) y Colpensiones (fls.308) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en

auto de 15 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### ANTECEDENTES

El (la) señor(a) Elizabeth Melo Acevedo instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Protección SA, AFP Porvenir S.A AFP Skandia S.A. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 105, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen realizado el día 2 de septiembre de 1998 por la demandante del ISS hoy Colpensiones a Colmena hoy AFP Protección S.A., por la indebida y nula información que suministro el fondo privado a la demandante, para convencerla que se trasladara de régimen pensional, dando aplicación a lo establecido por la HCSJ-Sala de Casación Laboral mediante sentencias reconocidas con los radicados N°(s) 31989 de septiembre de 2008, 33083 de 22 de noviembre de 2011, 46292 de septiembre de 2014, SL 17595 de octubre de 2017, SL4964 y SL 4989 de 2018, SL 361 de febrero de 2019, SL 1452 de abril de 2019, SL 1421 de abril de 2019 y SL1688 de mayo de 2019.
2. Se ordene anular los traslados entre administradoras efectuados por la demandante.
3. Se ordene a las codemandadas Colpensiones, Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A., realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para anular el traslado de régimen efectuado el 2 de septiembre de 1998 por la demandante.
4. Se ordene a Skandia trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante.
5. Se ordene a Colpensiones, recibir en esta administradora sin solución de continuidad a la demandante.
6. Se ordene a Colpensiones, una vez reciba los aportes del demandante de parte de Skandia, proceda a corregir y actualizar la historia laboral de la demandante.
7. Se declare que para todos los efectos la única afiliación válida de la demandante fue la efectuada el 9 de marzo de 1989 al RPM.
8. Se condene en costas y gastos del proceso a las demandadas.
9. Se condene extra y ultra petita.

## CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.274-279), Protección S.A.(fls.242-251), Skandia-Old Mutual (fls.147-156), y Porvenir S.A. (180-196) de acuerdo al auto del 5 de noviembre de 2019, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 30 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 12 de julio de 2021, **DECLARÓ** nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora Elizabeth Melo Acevedo del entonces Instituto de los seguros sociales, fondo administrador de pensiones del régimen de prima media, a la administradora de pensiones Colmena S.A., administradora del régimen de ahorro individual, hoy sustituido en sus obligaciones por la administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A., realizado mediante la suscripción del formulario de fecha 2 de septiembre del año 1998, que cobró efectividad a partir del 1° de noviembre del mismo año. **DECLARÓ** válidamente vinculada a la demandante, señora Elizabeth Melo Acevedo, al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por la administradora colombiana de pensiones Colpensiones. **CONDENÓ** a Old Mutual S.A. pensiones y cesantías a devolver a Colpensiones todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y costos cobrados por conceptos de administración durante el tiempo que permaneció en dicho fondo. Es decir, desde el 1° de noviembre del 2017 hasta cuando se haga efectivo el traslado; los costos cobrados por conceptos de administración deben ser devueltos del patrimonio del Fondo, debidamente indexados. **CONDENÓ** a Colmena S.A., hoy administradora de fondos de pensiones y cesantías, Protección, a devolver los costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo que permaneció en dicho fondo, debidamente indexados, esto es, desde el 1° de noviembre de 1998 hasta el 30 de junio del 2001, estos deben ser, igualmente, devueltos del patrimonio, pero además debidamente indexados. **CONDENÓ** a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir a devolver los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho fondo, debidamente indexados, esto es, a partir del 1° de junio del año 2001 y hasta el 30 de agosto del año 2017, Los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio debidamente indexados. **ORDENÓ** a la administradora colombiana de

pensiones Colpensiones a que, una vez que ingresen los valores en la cuenta de ahorro individual de la demandante, señora. Elizabeth Melo Acevedo, actualice la información de su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida. **DECLARÓ** no probadas las excepciones planteadas por las accionadas. **CONDENÓ** en costas de esa instancia a Old Mutual pensiones y cesantías, a la sociedad administradora de pensiones y cesantías Porvenir S.A., y a la sociedad administradora de pensiones y cesantías Protección a favor de la demandante. Por Secretaría práctico la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en Derecho, la suma de \$3'488.740 pesos a cargo de Protección S.A.y Porvenir S.A. y las sumas de \$1'500.000 pesos a cargo de Old Mutual pensiones y cesantías. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Proteccion S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Solicita a los honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que se revoque la sentencia en lo relativo a condenar a Protección S.A., en cuanto a los gastos de administración y a las costas que considera excesivas, con base en los siguientes argumentos:

Con la condena que ordena a Protección a devolver los dineros de los gastos de administración por el tiempo que la señora Elizabeth Melo Acevedo estuvo o permaneció afiliada al fondo de pensiones obligatorias Protección S.A., se está constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión y una prima de seguro previsional que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y, adicionalmente dice, ya se le están trasladando los dineros correspondientes a la cuenta de ahorro individual, fruto en sí de la buena administración realizada, no solamente por Protección, sino por todos los fondos de pensiones privados. Dice que es obvio, que debe tener o conservar la comisión como restitución mutua a su favor, y no hay razón para tenerla que trasladar a Colpensiones.

Con Respecto a la prima de seguro previsional, manifiesta que esta ya fue girada a una aseguradora para el caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía hiciera uso de esos descuentos que se realizaron en su momento y, señala que, es evidente que para esta situación opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación económica por vejez, por lo que son conceptos que sí prescriben de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del código de trabajo, en armonía con el

artículo 151 del Código procesal laboral, que establecen que el transcurso del tiempo de 3 años, por lo que manifiesta que para el caso hace que opere dicho fenómeno jurídico.

En cuanto a las costas, solicita a los honorables magistrados que éstas sean reliquidadas y devaluadas en su jurisprudencia, ya que son excesivas y aunque Protección fue el fondo primigenio, en donde la señora Elizabeth Melo Acevedo se trasladó, expresa que no hay razón en condenarla en unas cosas tan altas en este proceso.

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

Manifiesta que no comparte las consideraciones dadas por el despacho respecto a la ineficacia o a la declaración de ineficacia del acto jurídico mediante el cual la demandante se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual. Indica que cada una de las administradoras cumplió a cabalidad con los requisitos que para la fecha existían para ser de manera válida, tanto la vinculación al sistema general de pensiones como el mismo traslado de régimen, que fue el que realizó la demandante en el año 98. Señala que como se encuentra aprobado dentro del proceso, se proporcionó un formulario de afiliación, el cual fue firmado de manera libre y voluntaria por la demandante previa asesoría por parte de cada una de las administradoras, en donde se le indicaron características propias del régimen de ahorro individual.

Acepta que si bien es cierto como lo manifestó el despacho, del deber de información, existía desde el inicio de las administradoras, dice que ha de señalarse que dicho deber ha tenido tanto desarrollo legal como un desarrollo jurisprudencial y así lo estableció la Corte Suprema de Justicia en distintas jurisprudencias, para el año 98, incluso para el año 2001, se estaba en la primera etapa del deber de información; es así que en dicho periodo lo que se exigía a dichas administradoras era la información necesaria, que dice, claramente se otorgó a la demandante al momento en que se vinculó con Porvenir, en donde se le indicaron características propias del régimen de ahorro individual.

Considera que el despacho pasó por alto que la demandante tenía pleno conocimiento de las condiciones sobre las cuales podía pensionarse en el Instituto de los seguros sociales, refiriendo de manera clara y cuáles eran los requisitos que debía cumplir en dicha administradora y señalando que para el año 98 ya los conocía. Es así que la demandante si conocía una diferencia entre un régimen y otro.

Aduce que la demandante realizó ciertas actuaciones que dan cuenta, claramente, de su conocimiento y que considera, no se valoraron de manera adecuada por parte del despacho, pues si bien dio por confesar la demandante respecto a que se afilió a pensiones voluntarias, entendiendo que ello incrementaría su ahorro pensional y, adicional a ello, buscando recibir un beneficio tributario, dichos actos deben entenderse como un acto que

implica conocimiento y que indica conocimiento de las características al régimen del cual está vinculado a la demandante.

Expresa que no comparte la posición del despacho al respecto de que Porvenir no cumplió con su obligación de asesorar a la demandante, previo al cumplimiento de los 47 años, contrario a ello señala que, lo que se verifica con la comunicación del 9 de septiembre de 2011, fecha en la cual la demandante contaba con 46 años, se le comunicó a la demandante ante la posibilidad de retornar a COLPENSIONES, previo a los 47 años, indicándole que había una restricción legal para retornar y, además, invitándolo a recibir una asesoría para verificar sus condiciones pensionales en uno y otro régimen, comunicado que dice, fue enviado a la dirección que la demandante, y que dentro del interrogatorio la misma confesó que era la dirección que ella colocaba como correspondencia. En este sentido, dice que Porvenir cumplió a cabalidad con las condiciones y con las obligaciones impuestas a ella.

Manifiesta que mediante el interrogatorio de parte quedó comprobado que la demandante recibió la información y en ese sentido, el hecho de que no se le hayan realizado proyecciones o no se le hayan advertido de posibles consecuencias con ocasión al traslado no implica que se haya vulnerado el derecho a la información, y reitera que para la época en que la demandante ese vínculo, y así lo señaló el despacho dentro de sus consideraciones, claramente no existía ni siquiera la posibilidad de señalar que podía pensionarse en uno y otro régimen, o señalar, aunque sea, una mesada pensional que podría recibir en uno u otro régimen.

Indica que la historia laboral de la demandante ha sido totalmente cambiante y no ha sido constante e incluso ha tenido largos periodos cesantes, ha tenido cambios abruptos de salarios en un año y otro o dentro de un mismo año; situaciones que no podían preverse para el momento en que la demandante realizó el traslado de régimen y, menciona que en realidad, esto es lo que reprocha la parte demandante, el hecho de que no se le haya informado o no se le haya dado una información personal respecto a la que podría recibir en un régimen y otro, y lo que se reitera para ese momento no era posible establecer ello.

#### **Gastos de administración.**

Señala sobre la condena a Porvenir a devolver los gastos de administración que, en primera medida, la demandante ya no se encuentra vinculada con Porvenir desde el año 2017. En este sentido dice, los rendimientos aportes realizados a Porvenir fueron trasladados a Skandia. Señala que, si los efectos de la ineficacia es tener que el negocio jurídico nunca se celebró, pues es claro que los rendimientos que Porvenir ya trasladó a Skandia, se dieron por la única o con única ocasión de que la demandante se haya vinculado al régimen de ahorro individual, no por otra razón, se hubieran dado dichos rendimientos.

En este sentido, menciona que no resulta de ninguna manera coherente que se condene a Porvenir a que se devuelva unos y otros de manera conjunta, por lo que debería

considerarse que Porvenir no tiene problema en devolver dichos rendimientos que ya fueron trasladados a Skandia, pero sí considera relevante e importante que se le permita obtener o mantener con el descuento que se le realizó por los gastos de administración.

La **parte demandada (Old Mutual-Skandia S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Resalta que dentro del proceso existe múltiple Información tanto de parte del interrogatorio de parte como por parte de la codemandada Porvenir, que efectivamente, la demandante sí recibió una doble asesoría previa a su traslado a Old Mutual pensiones y cesantías, esto es, que es ella quien toma la decisión de forma libre y voluntaria e informada de afiliarse a Old Mutual y para la época en que se afilia la presente demandante, ya contaba con 52 años de edad, es imposible por cuanto la ley 100 del 93 prohíbe de forma tácita y expresa que se niegue cualquier tipo de solicitud presentada a cualquier entidad de fondo del régimen de ahorro individual con solidaridad y en este caso, del fondo Old Mutual pensiones y cesantías.

Señala que no habría podido rechazar la solicitud, incluso si la demandante hubiera hecho dicha solicitud dentro de la edad pertinente o el término pertinente para poder volver al régimen de prima media. Dice que por tanto, no es dable a reconocer que, efectivamente, la sentencia como fue proclamada y en la parte motiva, sea válida en razón a los establecimientos explícitos de la ley enuncian que esto es imposible realizar por parte del fondo y por este motivo dice, no fue posible por nosotros indicar que se debía retornar, sino que, únicamente, se puede proceder a dar la asesoría pensional correspondiente, establecer claramente el caso natural de la demandante y continuar con la administración de los aportes.

#### **Gastos de administración**

Manifiesta que se les ordena la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, por lo que pide entender que estos gastos de administración son una contraprestación por el servicio prestado por parte de Old Mutual. Dice que dichos gastos de administración son: la compra de una póliza de riesgo de invalidez y muerte, y el mantenimiento de la cuenta de ahorro individual con solidaridad.

Señala que entiende que lo que se busca es proteger a Colpensiones para que éste no se vaya a ver afectado al momento de liquidar la posible mesada pensional de la demandante, no obstante dice, no se está teniendo en cuenta que en el régimen de prima media no se generan los rendimientos que en el régimen de ahorro individual con solidaridad y que dichos rendimientos podrían ser más que suficientes para llegar a cubrir la totalidad de la mesada pensional de la demandante, en caso de que se confirmara la decisión del Tribunal.

Apela que se está hablando de una persona que es abogada, que tiene un conocimiento bastante más amplio del común de los presentes casos de nulidad de afiliación y, que si bien, no existe un precedente jurisprudencial, este precedente se debe aplicar a casos muy análogos de lo que corresponde puesto de la naturaleza de la nulidad de afiliación, en lo que refiere a los fondos.

Manifiesta que el presente caso cuenta con unas características muy especiales y muy específicas que no permiten la aplicación del precedente y, por tanto dice, no da pie a que el A-quo condene a devolver debidamente no solo los rendimientos y los aportes, sino los gastos de administración de una de la demandante, teniendo en cuenta que ella misma es confesa y que existen documentos que prueban que tuvo el conocimiento previo de elegir de forma libre y voluntaria a qué régimen pertenecer y que su decisión en todo momento se basó en elegir el régimen de ahorro individual con solidaridad, y ahora que ya no es benéfico para ella, después de conocer la liquidación de la mesada pensional, en cuánto podría salir en uno y otro régimen, decide trasladarse y decide denunciar que fue engañada.

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colmena hoy AFP Protección SA efectuado por el (la) señora **Elizabeth Melo Acevedo** el día 2 de septiembre de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir, AFP Protección y AFP Skandia S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, se trasladó a la AFP Colmena hoy AFP Protección S.A. el 2 de septiembre de 1998 con efectividad a partir del 1° de noviembre de 1998, se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 24 de mayo de 2001 con efectividad a partir del 1° de julio de 2001 (fl.198), y finalmente se trasladó a la AFP Old Mutual-Skandia el 28 de agosto de 2017 (fl.163)

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

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de

unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

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

3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Protección SA aportó: formulario de afiliación, SIAFP, movimiento de cuenta ahorro individual, respuesta a derechos de petición, políticas de asesoramiento y vinculación, concepto Superfinanciera No 2015123910-002, comunicado de prensa. AFP Skandia SA aportó: copia formulario afiliación, historia laboral consolidada, historia OBP, derecho de petición y respuesta, bono pensional. AFP Porvenir SA aportó: consulta viabilidad, historial de vinculaciones, certificado de vigencias, comunicado 11 años, formulario de afiliación, comunicados varios, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 2 de septiembre de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera

igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 2 de septiembre de 1998, la demandante tenía 291,76 semanas (fl.280) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 25 de julio de 1965 – fl.38) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el año 2022 en el RPM, (actualmente ha cotizado más de 1296,71 semanas fl.167 y fl.280), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando

estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

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

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir, AFP Skandia y AFP Protección S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Porvenir, AFP Skandia S.A. y AFP Protección S.A.

Con relación a lo manifestado por las demandadas Porvenir S.A. y Skandia, conforme a que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado*

*por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación.

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Elizabeth Melo Acevedo** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colmena, hoy AFP Protección S.A. el 2 de septiembre de 1998. , y en consecuencia los traslados posteriores entre los diferentes AFP.

### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

### **COSTAS PRIMERA INSTANCIA:**

El apoderado de la parte demandada Protección S.A., presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia mencionando que a su juicio son excesivas.

La Sala debe precisar, la imposición de costas no es automática, debe demostrarse su causación, las etapas procesales y los argumentos del *A Quo* que lo llevan a tomar la determinación de fijar las costas. El numeral 1 del art 365 C.G.P. dispone: *“Se condenara en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión, que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*

Así bien, frente a las costas del proceso el *A Quo* sustentó condenar en costas a las demandadas porque considero que se causaron, y decidió que serían condenadas la partes demandas, por lo anterior no se encuentra contradicción alguna con la normativa del Código General del Proceso.

En consecuencia se despacha desfavorablemente la súplica del recurrente.

### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Protección S.A., AFP Porvenir, y AFP Skandia habrá lugar a condenarlas en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 12 de julio de 2021 por el juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Protección S.A., AFP Porvenir, y AFP Skandia y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes.

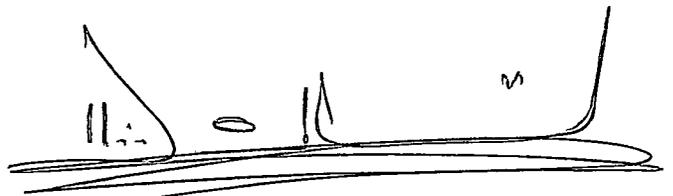
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310503020190069201)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310503020190069201)

Aclaro Voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503020190069201)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 30-2020-00195-01**

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

**DEMANDANTE: CLAUDIA BIBIANA LUQUE AYALA**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PROTECCION S.A.**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP**  
**PROTECCION SA) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Protección) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandada Colpensiones (fls.11 ss) Protección S.A (fls. 6 ss) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 29 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) Claudia Bibiana Luque Ayala instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Proteccion SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece en folio 2 medio magnetico "demanda.pdf", con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

## Declarativos

1. Se declare que el traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Protección, es NULO y como consecuencia es ineficaz.
2. Se declare que la señora Luque está válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por administradora colombiana de pensiones Colpensiones.
3. Se declare lo extra y ultra petita, conforme a las facultades del juez del trabajo y de la seguridad social.

## Condenas

1. Se condene a la Sociedad Administradora De Fondo De Pensiones Y Cesantías Protección S.A a realizar el traslado de todos los valores que constituyen la cuenta de ahorro individual de la demandante a la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones realizados por el demandante a ese fondo de pensiones.
2. Se condene a la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones a recibir los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante por parte de AFP Protección, y tener como válidamente afiliada a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definido.
3. Se condene a lo que resulte probado en el proceso con audiencia de las demandadas y que no se haya solicitado en las pretensiones de la demanda o relacionado en los hechos, conforme a las facultades Ultra y Extra petita.
4. Se condene a las entidades demandas, al pago de la costas y agencias en derecho que genere el proceso.

## **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contesto la demanda: Protección S.A: fl 2 medio magnético "contestación.pdf" y Colpensiones fl 2 medio magnético "contestación.docx" de acuerdo al auto del 30 de septiembre de 2020, se oponen a las pretensiones de la demandante y propone excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 30 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 10 de septiembre de 2021, **DECLARÓ** ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora Claudia Bibiana Luque Ayala identificada con la cédula de ciudadanía No. 39690510, del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Los Seguros Sociales, hoy Colpensiones al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad administrado por la Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Protección S.A., mediante formulario No. 5725976 a partir del 1 de junio de 2001, conforme a lo expuesto. **DECLARÓ** válidamente vinculada a la demandante señora Claudia Bibiana Luque Ayala al régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones. **CONDENÓ** a la Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Protección S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicho régimen esto es desde el 1º de junio de 2001 y hasta cuando se haga efectivo el traslado estos últimos los que deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados. **ORDENÓ** a la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida. **DECLARÓ** no probadas las excepciones planteadas por las accionadas. **CONDENÓ** en costas de esta instancia a la Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Protección S.A. por secretaría liquidó, incluidas como agencias en derecho la cantidad de tres millones cuatrocientos ochenta y ocho mil pesos (\$3.488.000) a favor de la demandante. **NO CONDENÓ** en costas ni a favor ni en contra de Colpensiones. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

## RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Protección S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Presenta recurso de manera parcial y concretamente en contra de la orden impartida a Protección, de trasladar con destino a Colpensiones las sumas de dinero

correspondientes a rendimientos junto con capital y así mismo, lo correspondiente a los gastos de administración.

Manifiesta que conforme a lo dispuesto en la línea jurisprudencial emanada de la Corte Suprema de Justicia, el efecto que se deviene de la ineficacia es propiamente asumir que el traslado de régimen pensional de la demandante deviene inexistente. Señala que en ese sentido, debe emitirse o llegar a una condena que resulte congruente con ese efecto que se persigue, esto es, la inexistencia, por ello sugiere ubicarse en uno de dos panoramas que expone, y que dice resultan entre sí excluyentes:

El Primero, asumir que en efecto la afiliación de la demandante al RAIS nunca existió y en contraposición se mantuvo vinculada de manera ininterrumpida al fondo de pensiones administrado por Colpensiones, en ese sentido señala que sería pertinente tener en cuenta, que como deviene inexistente la afiliación de la demandante a Protección, así mismo son inexistentes los rendimientos que se causaron como consecuencia de la gestión administrativa que ejerció Protección y que hoy se está tomando por ineficaz.

Expresa que en consecuencia tampoco se hubiera cobrado lo correspondiente a una cuota de administración y tampoco seguro previsional por parte de Protección y sería procedente trasladar con destino a Protección lo correspondiente a las cotizaciones integras, sin haber descuento alguno por concepto de gastos adicionales, pero sin incluir en esta suma de dinero lo correspondiente a los rendimientos, porque como lo reitera, se está desconociendo la afiliación y en ese mismo sentido debería desconocerse lo que devino detrás de la afiliación, en este caso los rendimientos.

En segundo panorama señala que asumir igualmente que la afiliación de la demandante al RAIS no existió, pero considerar que los rendimientos se hubieran generado en los mismos términos, si la demandante hubiera permanecido en Colpensiones otrora el ISS, dice que se debería tener en cuenta que Colpensiones también hubiera descontado lo correspondiente a los gastos de administración y el seguro previsional.

En este sentido manifiesta que habría lugar a trasladar con destino a Colpensiones lo correspondiente al capital junto con los rendimientos, pero sin emitir condena alguna por concepto de gastos adicionales como lo son las cuotas de administración.

Insiste que plantea estos dos panoramas con la finalidad de obtener o de llegar a una condena que resulte congruente con el efecto que se persigue por la parte demandante y con la finalidad de obtener una aplicación uniforme al efecto de la inexistencia, pues expresa que la decisión que se tiene, da cuenta de una aplicación parcial de este efecto, pues se está desconociendo la afiliación o el traslado de régimen pensional de la demandante pero se siguen reconociendo los rendimientos que se han generado por concepto de una gestión administrativa que se está tomando por inexistente. Entonces señala que falta congruencia, falta articular los efectos que se generen de la declaración de la ineficacia, y reitera, se está haciendo una aplicación no uniforme y parcializada.

Señala que sería procedente tener en cuenta que trasladar estas sumas de dinero de manera conjunta con destino a Colpensiones, podría implicar un enriquecimiento sin causa por parte de esa entidad y además desconocería que Protección S.A, efectuó estos descuentos por ministerio de la ley en cumplimiento de sus deberes legales como administradora de fondos de pensiones y que además, ambos descuentos se encuentran plenamente justificados.

Manifiesta que las cuotas de administración son aquellas que se pagan a Protección precisamente por la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante y obra prueba en el plenario de que esta función se llevó a cabo de manera juiciosa y eficiente, en tanto se han generado rendimientos significativos y cuantiosos en la cuenta de ahorro individual de la señora. Señala que para el momento de la contestación de la demanda, superaban los \$76.000.000 suma de dinero que a la fecha ha ascendido y se ha incrementado, en tanto, el paso del tiempo es suficiente motivo para que ello se incremente, y expresa que además Protección S.A ha venido efectuando sus funciones administrativas, sobre todo estos recursos, incluso después de instaurada la demanda por la parte demandante.

Finalmente dice que si bien no se habló de lo correspondiente al seguro previsional en la condena emitida por el despacho, también se refiere a ese rubro, solicitando que no sea condenada Protección a trasladarlo con destino a Colpensiones, en tanto dice, es un descuento que igualmente se encuentra plenamente justificado, en tanto la demandante ha contado con plena cobertura durante todos estos años frente a los riesgos de invalidez y muerte que se hubieran podido generar durante todo este tiempo. Evidencia que Protección traslado con destino a un tercero las sumas de dinero que se descontaron por este concepto y ese tercero que no comparece al proceso y que actúa además de buena fe, se ha encargado de

administrar estos recursos con la finalidad de cubrir esas contingencias que podrían suscitarse por causa de muerte o invalidez de la demandante.

### CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA efectuado por el (la) señora **Claudia Bibiana Luque Ayala** el día 6 de abril de 2001; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Protección S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Protección el 6 de abril de 2001 con efectividad a partir del 1 de junio de 2001 (fl.2 medio magnético "contestación.pdf" página 64).

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

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

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

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

**2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.**

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

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

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

administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Protección SA aportó: historia laboral, pantallazo aplicativo AS400, movimientos cuenta de ahorro individual, certificado estado bono pensional OBP, certificado SIAFP, formulario de vinculación, respuesta derecho de petición, copia comunicado de prensa, concepto Superintendencia Financiera de diciembre de 2015, políticas para asesorar y vincular personas naturales.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 6 de abril de 2001, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 6 de abril de 2001, la demandante tenía 457,86 semanas (fl.2 medio magnético "contestación.pdf" pagina 32), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 13 de abril de 1964 – fl.2 medio magnético "anexos.pdf" pagina 2) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2021 (Actualmente ha cotizado más de 1373,29 semanas fl.2 medio magnético "contestación.pdf" página 32), en cambio en el RAIS tan solo podría,

conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Protección SA, en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal

adoctrinó: *“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentada por la AFP Protección S.A.

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Claudia Bibiana Luque Ayala** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Protección S.A el 6 de abril de 2001.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

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

Por resultar desfavorable el recurso a la apelante AFP Protección S.A. habrá lugar a condenarla en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en

la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2021 por el juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada AFP Protección S.A. y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

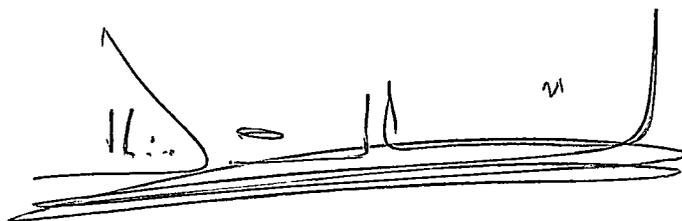
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310503020200019501)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310503020200019501)

Aclaro Voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503020200019501)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**  
**SALA LABORAL**  
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 17-2019-00482-01**

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

**DEMANDANTE: ADRIANA ROCIO HUERTAS MONTES**

**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR S.A**  
**AFP PROTECCIÓN S.A**  
**AFP COLFONDOS S.A**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP PORVENIR S.A) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada Porvenir SA, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 1° transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de septiembre de 2021 en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con tarjeta profesional n.º 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para los efectos del poder que obra a folio 9 del expediente.

Las partes demandadas Porvenir SA (fls.22 ss), y Colpensiones (fls.6 ss) presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 13 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **ADRIANA ROCIO HUERTAS MONTES** instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, AFP Protección S.A, AFP Colfondos SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 2-108 de la carpeta 01 del expediente digital 17-2019-482, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad de la vinculación de la señora Adriana Rocío Huertas Montes al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a la AFP Colfondos S.A, para octubre de 1998 por cuanto existió error de hecho que vició el consentimiento de la demandante.
2. Que se declare la nulidad de la vinculación de la señora Adriana Rocío Huertas Montes, al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a la AFP Protección S.A para junio de 1999, por cuanto existió error de hecho que vició el consentimiento de la demandante.
3. Que se declare la nulidad de la vinculación de la señora Adriana Rocío Huertas Montes, al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a la AFP Porvenir S.A, para mayo de 2009, por cuanto existió error de hecho que vició el consentimiento de la demandante.
4. Que se declare que la demandante nunca ha efectuado un traslado válido al RAIS.
5. Que se declare que la entidad a la que legalmente se encuentra afiliada la señora Adriana Rocío Huertas Montes, es la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones.

## CONDENATORIAS

1. Que se condene a Colfondos S.A, a registrar en su sistema de información que la demandante Adriana Rocío Huertas Montes, no efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora, por la indebida información suministrada al momento de la afiliación, que causó un vicio en su consentimiento.
2. Que se condene a Protección S.A, a registrar en su sistema de información que la demandante Adriana Rocío Huertas Montes, no efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora por la indebida información suministrada al momento de la afiliación que causó un vicio en su consentimiento.
3. Que se condene a Porvenir S.A, a registrar en su sistema de información que la demandante Adriana Rocío Huertas Montes, no efectuó ninguna

vinculación válida a dicha administradora por la indebida información suministrada al momento de la afiliación que causó un vicio en su consentimiento.

4. Que se condene a Porvenir S.A, a devolver a Colpensiones, todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual de la demandante Adriana Rocío Huertas Montes, y que consisten en bonos, aportes, rendimientos, comisiones etc.
5. Que se condene a Colpensiones a registrar y activar la afiliación de la señora Adriana Rocío Huertas Montes.
6. Que se condene a Colpensiones a actualizar en la historia laboral de la señora Adriana Rocío Huertas Montes las cotizaciones efectuadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.
7. Que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión por vejez en favor de la señora Adriana Rocío Huertas Montes.
8. Que se condene a las partes demandadas sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.
9. Que se condene a las partes demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que causen con ocasión de este proceso.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contesto la demanda: Colpensiones (fl. 05 medio magnético) y Porvenir S.A (fls. 04 medio magnético) y Protección S.A (fl. 06 medio magnética) se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 01 transitorio laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 24 de septiembre de 2021 **DECLARÓ** la ineficacia de los traslados que realizó la señora Adriana Rocío Huertas Montes, identificada con Cédula de ciudadanía número 51903778 del régimen de prima media con prestación definida a administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual inicialmente a través de la compañía COLFONDOS S.A., el cual fue efectuado el 9 de octubre de 1998 y por ende aquel traslado horizontal que realizó en el año 1999 a PROTECCION S.A. y también el traslado de régimen que se efectuó por intermedio de la compañía PORVENIR S.A., el día 29 de mayo del 2009 conforme se expuso **DECLARÓ** válidamente vinculada a la demandante Adriana Rocío Huertas Montes, identificada con Cédula de ciudadanía número 51903778 al régimen de prima media con prestación definida,

administrado hoy por COLPENSIONES como si nunca se hubiese trasladado de régimen pensional, conforme a lo expuesto precedentemente **CONDENÓ** a la demandada PORVENIR, entidad a la cual actualmente se encuentra vinculada la actora y quien administra sus recursos, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Adriana Rocío Huertas Montes, Identificada con Cédula de ciudadanía número 51903778 como cotizaciones, aportes adicionales, bonos Pensionales, rendimientos financieros sin descontar gastos de administración conforme a lo expuesto **ABSOLVIÓ** a las demandas de las demás pretensiones incoadas en su contra, declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, Sin Costas en esta instancia.

### RECURSO DE APELACIÓN

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

Manifiesta que si bien existe un precedente, del órgano de la jurisdicción, como el citado en el *A-quo*, bajo los argumentos que ha manifestado el honorable Tribunal en diferentes salas, no se aplica el precedente de manera objetiva, ya que considera se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, y es por eso que considera no le asiste razón al fallador de primera instancia que declara la ineficacia del traslado con base en la falta información, indicando que no es válido o no es tenido en cuenta solamente el formulario de afiliación como requisito para obtener o verificar el deber de información que le asistía a Porvenir S.A.

Que conforme a la simetría del tiempo en el cual se realiza dicho traslado, en ese momento era válido el traslado régimen pensional que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular, tal como ocurrió en el presente asunto, de manera que considera que Porvenir S.A cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia del actor en el régimen de ahorro individual administrado por este fondo, en una decisión libre y voluntaria e informada que se ha ratificado con el tiempo y, adicional, considera que se debe resaltar que no se le está trasladando el deber de información, sino que, se resalta, es el deber de dónde está o dónde prima el deber de la diligencia del demandante,

el cual era plenamente capaz de entender las consecuencias de la suscripción de un contrato y pese a esto, se le indique que simplemente con negativas, no se le brindó una información en su momento, sin embargo, considera que éste también guardó silencio durante todo este proceso, olvidándose de su deber como consumidor financiero.

Manifiesta que se debe tener en cuenta, los actos de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados y que ha realizado la demandante, no solamente de forma horizontal, sino incluso remitiéndose nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, y que por eso trae a colación la sentencia que elabora la sala primera de decisión, la magistrada Claudia María Fandiño, en el proceso 2020-220, en el cual relaciona cómo deben tomarse estos actos de relacionamiento, no solamente como la asimetría de la información, sino como la decisión reiterada.

Sustenta que la demandante primero se trasladó a COLFONDOS, después se realiza un traslado con PROTECCIÓN, reitera su decisión y vuelve nuevamente al Seguro Social, hoy COLPENSIONES, pero aun así decide nuevamente cambiarse a un fondo privado, que es Porvenir SA, considera que no solamente ha adquirido la asesoría de ambos regímenes porque, retornó al Seguro Social y, adicional a eso, pues se ha beneficiado por más de 20 años de aseguramiento que le han venido brindando las diferentes AFP.

Sobre la sentencia T 569 de 2015, dice que precisamente trata del principio de favorabilidad y en estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y de la Seguridad Social ordenan a la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorga al trabajador o al afiliado beneficiario del sistema de Seguridad Social. Por cuanto considera que el texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio en el que debe aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible, escisiones o fragmentaciones, tomando simplemente lo más favorable en las disposiciones del conflicto, utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo totalmente distinto.

Que cuando se declara la ineficacia e incluso una nulidad dentro de un proceso, se está diciendo que se debe restaurar a como debió haber Iniciado o mantenerse antes de realizar dicho acto, sin embargo, manifiesta que en este proceso se evidencia que simplemente se están realizando todas las devoluciones de gastos de administración y también los rendimientos financieros que su representada por más de 20 años estuvo otorgándole al beneficiario, en este caso el demandante y que sobre ello no hubo ninguna excusa o ninguna objeción frente a todos estos años de rendimientos financieros positivos que obtuvo.

De igual manera, sustenta que estos estos emolumentos, también frente al descuento lo realiza COLPENSIONES, pues destina el 3% de las cotizaciones a financiar pensión de invalidez y gastos de administración y de sobrevivencia, dichos gastos no forman parte integral de la pensión y por ello si están sujetos a la prescripción, porque son emolumentos que no tienen nada que ver, que no financian la prestación de vejez, por ende, no puede predicarse su imprescriptibilidad característica de la que goza del Derecho pensional.

Finalmente considera que los supuestos sobre los cuales se condenan no se encuentran acreditados y, en consecuencia, solicita de manera respetuosa al honorable Tribunal que se revoque en su totalidad la condena impuesta. Finaliza.

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el (la) señora **Adriana Rocío Huertas Montes**; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el 09 de octubre de 1998, que posteriormente se trasladó en junio de 1999 a Protección SA, y que en mayo de 2009 finalmente quedó en la AFP Porvenir S.A.

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Porvenir SA apporto: SIAFP, Consulta de viabilidad e historial de vinculaciones, resumen historial laboral OBP, Bono pensional, Historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos Porvenir S.A, relación de aportes, certificación de afiliación, respuesta solicitud de traslado de régimen pensional, formulario afiliación a pensiones obligatorias, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 19 de septiembre del 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 09 de octubre del año 1998, la demandante tenía 394 semanas (fl. Carpeta 01, del expediente digital), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 26 años (nació el 03 de enero de 1968 – fl27 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, eventualmente podría pensionarse en el RPM en el año 2028 (Actualmente ha cotizado más de 1.052 semanas fl.87 del expediente digital), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características,

determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

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

Ahora, en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."*, despachando de ésta manera también la inconformidad al respecto presentada por la AFP Porvenir S.A.

Con relación a lo manifestado por la demandada Porvenir S.A., conforme a que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto,*

*cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación.

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Adriana Rocío Huertas Montes** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos S.A el 09 de octubre de 1998 y en consecuencia los traslados posteriores entre los diferentes AFP, aclarando que con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores descontados por los diferentes fondos por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales, ya que dichos montos pertenecen al sistema general de seguridad social con el cual se financiara la pensión.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

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

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

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** **ADICIONAR** la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2021 por el juzgado 1° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, bajo el entendido que al declararse la ineficacia del traslado, han de devolverse todos los

valores descontados por las AFP por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada AFP Porvenir S.A. y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

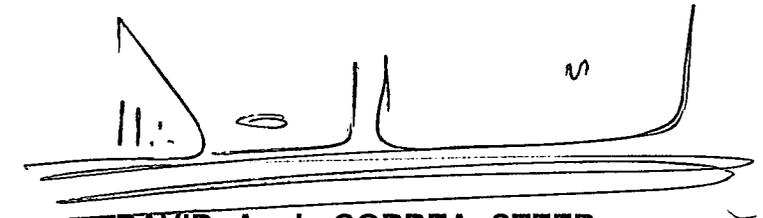
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310501720190048201)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310501720190048201)

*Aclaro Voto!*



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 1001310501720190048201)