



TSB SECRET S. LABORAL

52768 19NOV 20 PM 3:25

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 19-2018-00398-01

Bogotá D.C., Octubre veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: LUCÍA MARÍA MENDOZA HENRÍQUEZ  
DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PROTECCIÓN SA  
ASUNTO: APELACIÓN PARTE DEMANDADA PROTECCIÓN Y  
COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES

**AUTO**

Previo a pronunciarse sobre la alzada, procede el suscrito Magistrado a resolver la solicitud elevada por el apoderado judicial de la demandante. Dr. ALFONSO Yepes Sandino de "llevar a Sala Plena especializada el presente asunto", en aplicación de lo dispuesto en el artículo 35 del CGP.

Para el caso particular, resulta claro, que el artículo 15 de CPT y SS norma especial de procedimiento laboral, establece la competencia para resolver del asunto a la Sala de Decisión que integra este funcionario, siendo potestativo del Magistrado Sustanciador el convocar a la Sala Plena Especializada para pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

No obstante, revisadas las diligencias no se estima necesario someter a la sala plural la decisión de la alzada, pues las circunstancias descritas no se encuadran en las dispuestas en la norma para su aplicación, en tanto, no se trata de asuntos que por su naturaleza se entienden como de trascendencia nacional y, como bien lo indica el profesional en derecho, el criterio mayoritario de la Especializada acoge el precedente del órgano de cierre sobre la materia. Así mismo, no existe disposición especial que imponga el proveimiento de segunda instancia bajo los presupuestos reclamados, por inconformidad con la Sala a la que pertenece el Magistrado designado por reparto para conocer del recurso, pues en caso de considerar que la decisión tomada es lesiva a sus intereses o desconoce el precedente, puede hacer uso de los recursos o acciones establecidos en la ley.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Ponente

(Rad. 1100131051920180039801)

Determinado lo anterior, procede la Sala a pronunciarse sobre la alzada:

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de julio de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 267 a 269), así como Colpensiones (folio 256 a 259), y presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 10 de julio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### ANTECEDENTES

El(la) señor(a) LUCÍA MARÍA HENRÍQUEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 3 a 17 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la ineficacia y/o nulidad de la afiliación de la señora LUCÍA MARÍA MENDOZA HENRÍQUEZ a la AFP Protección SA, a partir del 1 de septiembre de 1995.
- Que se condene a la demandada Protección SA a trasladar a Colpensiones, el valor completo de las cotizaciones y rendimientos financieros que se hubieran causado junto con el saldo de la cuanta de ahorro individual, realizados por la demandada durante el tiempo de su vinculación.
- Ordenar a Colpensiones que reciba los dineros trasladados, correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y saldo de la cuenta de ahorro individual, causados durante el tiempo de su vinculación.
- Ordenar a Colpensiones, registrar en la historia laboral las semanas cotizadas a Protección SA.

Como pretensiones subsidiarias:

- Que se declare que Protección SA, es responsable de los perjuicios ocasionados a la demandante, por la omisión en la asesoría al momento del traslado del régimen, equivalentes a al mayor valor resultante entre la pensión que se debe reconocer en el RAIS, a la que hubiera podido corresponder en el Régimen de Prime Media con Prestación Definida, sino se hubiera presentado el traslado.
- Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demanda Protección SA, a pagar a la demandante la suma de \$2.179.810.785, a título de

indemnización de perjuicios, equivalente a las diferencias pensionales por el mayor valor de la pensión que le correspondería en el régimen de prima media con prestación definida, si no se hubiera trasladado al RAIS.

- Se haga uso de las facultades ultra y extra petita.
- Al pago de las costas y agencias en derecho.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 52 a 72), y PROTECCIÓN SA (fls. 91 a 103), de acuerdo a los autos visibles a folios 80 y 130. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 19° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 30 de julio de 2019, **DECLARÓ LA INEFICACIA DEL TRASLADO** de la demandante del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, al Régimen de Ahorro con Solidaridad administrado por Protección SA, realizado el 9 de agosto de 1995. **DECLARÓ** válidamente vinculada a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, desde el 2 de julio de 1986 hasta la actualidad, como si nunca se hubiera trasladado, **CONDENÓ** a la demandada Protección SA a devolver a Colpensiones, los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos como intereses, comisiones y sin descontar los gastos de administración, con destino a Colpensiones. **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las restantes pretensiones incoadas en su contra. **COSTAS** sin costas en la instancia.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Protección SA)**: Solicitó se revocara la sentencia, indicando que se encontraba plenamente demostrado en el plenario que la afiliación de la demandante se había dado de forma libre y voluntaria suscribiendo el formulario de afiliación y por ende aceptado en traslado al RAIS el 9 de agosto de 1995, cuando contaba con 32 años de edad y 52 semanas cotizadas al sistema. Por ende para ese momento, no existía la obligación de realizar simulación alguna o comparativos, pues al no contar con una expectativa ni forma de realizarla. Que conforme lo indicado por la demandante al momento de absolver el interrogatorio de parte, {esta aceptó haber recibido una asesoría al momento del traslado, que diligenció directamente el formulario de afiliación, sin que haya lugar a dar una interpretación diferente a los documentos que reposan en el expediente, relacionados en primer con efectividad en lugar con las pensiones voluntarias, las múltiples asesorías de junio de prestadas, la autorización para el trámite del bono pensional, presentándose así una convalidación de la afiliación y del conocimiento que tenía la

demandante, tanto de los beneficios que pretendía con los aportes voluntarios, así como de que se encontraba cumplido el deber de información y asesoría prestado a la actora, durante el cual nunca cuestionó su vigencia. Así mismo, precisó que la actora no manifestó que se le hubiera indicado, que el ISS se acabaría, simplemente reiteró que no recordaba como la habían asesorado, ni quién lo había hecho.

Por otro lado, solicitó que en caso de que se autorizara el traslado, no se incluyeran los gastos de administración, teniendo en cuenta que dicha comisión era un valor que cobraban los Fondos de Pensiones por administrar los aportes que ingresaban a la Cuenta de Ahorro individual de los afiliados en cada aporte, valor que se hubiera descontado aún por Colpensiones, por lo que no existía ningún soporte para la autorización del descuento, cuando el mismo se encontraba establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 y aplicaban para los dos regímenes. Finalmente, señaló que durante el tiempo de la afiliación de la demandante al fondo, se efectuó la administración de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual con la mayor diligencia y cuidado, recibiendo desde el año 1995 cuantiosos rendimientos, que claramente son superiores a los que hubiese percibido en el Régimen de Prima Media, y que en virtud de la declaratoria de nulidad tampoco los hubiera recibido, siendo claro el artículo 1746 del CC, que los efectos de la declaratoria de nulidad y en la procedencia de las restituciones mutuas, intereses, frutos y abonos de mejoras, los cuales no podían incluirse en la orden de primera instancia.

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, indicando que contrario a lo señalado en la decisión, se evidenciaba claramente que Protección SA, había brindado toda la asesoría necesaria a la demandante, quien en su interrogatorio aceptó haberla recibido, así como las re asesorías y la posibilidad de acceder a su pensión, realizando aportes voluntarios, lo que permitía evidenciar que conocía el funcionamiento del RAIS. Que contrario a lo indicado en el fallo, la actora nunca afirmó que se le hubiera indicado que el ISS se iba a terminar, ni que el formulario se hubiera diligenciado por una persona y suscrito por otra, por el contrario señalaba que ella fue ella quien de su puño y letra lo llenó, que conocía como iba a ser su posible mesada pensional y que en el 2008 le indicaron que era recomendable que se trasladara a Colpensiones, pero que no había hecho nada para realizar el traslado, demostrándose así que la demandante recibió información clara y expresa, sobre los beneficios o el funcionamiento del RAIS. Finalmente, señala que no se afectaba la solidaridad de que trata el Régimen administrado por Colpensiones, por cuanto no cotizó ningún año a la misma.

Procede la sala a resolver la apelación, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

## CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA efectuado por el (la) señor (a) LUCÍA MARÍA MENDOZA HENRÍQUEZ el día 9 de agosto de 1995; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la Colmena, el 9 de agosto de 1995, efectiva a partir del 1 de septiembre de 1995, y posteriormente por cesión por fusión de ésta a AFP Protección ING el 4 de abril 1996, con efectividad el 1 de junio de 1996 (fl. 104).

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

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

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



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

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 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.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 52 a 72), y PROTECCIÓN SA (fls. 91 a 103). Colpensiones: aportó el reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado a agosto de 2018 y el expediente administrativo. Protección SA: aportó formato vinculación (1995 con Colmena y 1996 Protección SA), historia de vinculaciones del SIAFP, sábana de bono pensional, certificación, historia laboral, comunicados de prensa, políticas de asesoría y los formularios de reasesoría pensional y proyecciones de la pensión en el Régimen de Ahorro Individual efectuados en los años 2006 y 2008 a la demandante.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 9 de agosto de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, 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, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Alexander Arias fl. 11), 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.

Así mismo, ha de resaltar que el Fondo privado tampoco le explicó a la demandante que, al tener en el momento de trasladarse 504.43 semanas cotizadas (fl. 29) y 32 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1962), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad (El traslado se efectuó con anterioridad a la Ley 797 de 2003) en el año 2019 (tenía más de 1.000 semanas – fl. 29), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado.

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.

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, estableciendo 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 Protección SA.

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy COLPENSIONES a la AFP Colmena hoy Protección SA el 9 de agosto de 1995, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

**COSTAS.** 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 30 de julio de 2019 por el Juzgado 19 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. 11001310501920180039801)



**LORENZO TORRES RUSSY**

(Rad. 11001310501920180039801)

Declaración de voto  
por acogimiento tesis  
O.S.S. a partir de  
tramite incidental:  
7 de Octubre Drs. Pate  
Homero.



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**

(Rad. 11001310501920180039801)