



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 30-2019-00867-01

Bogotá D.C., treinta (30) septiembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: HILDA DEL CARMEN SIERRA CAMARGO
DEMANDADO: COLPENSIONES
PROTECCION S.A.
PORVENIR S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y
DEMANDADAS (COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.) //
CONSULTA COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica al abogado WINDERSON JOSÉ MONCADA RAMÍREZ CC. 1.232.398.851 y TP 334.200 DEL CSJ, para actuar como apoderado sustituto de Colpensiones, según poder debidamente allegado, otorgado por MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO, representante legal de MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., a quien Colpensiones otorgo poder general mediante la escritura pública No 3373 de la Notaria 9 del Circulo de Bogotá.

La parte demandante y la demandada Colpensiones presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 8 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **HILDA DEL CARMEN SIERRA CAMARGO** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (folio 100-130 archivo pdf ubicada en la carpeta denominada “11001310503020190086700” del expediente digital):

1. Que se declare la nulidad del traslado de régimen de pensiones realizada el mes de noviembre de 2002 por **HILDA DEL CARMEN SIERRA CAMARGO** a la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. y el posterior traslado, toda vez que fueron realizados, sin haber recibido información clara, veraz y suficiente sobre sus efectos, causándole un grave perjuicio frente a las condiciones de causación, exigibilidad y monto del derecho pensional
2. Que se declare que con ocasión a la nulidad, las cosas deben volver a su estado anterior ordenando el retorno automático de la demandante al régimen de prima media con prestación definida
3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de **HILDA DEL CARMEN SIERRA CAMARGO** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida
4. Que se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido en condición de última administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C. esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
5. Que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor de la demandante desde el día 20 de agosto de 2019, junto con el retroactivo

pensional, la indexación de las mesadas causadas y no pagadas a la fecha de su pago, y los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

6. Que se condene a las demandadas en las costas y agendas de derecho, derivadas del proceso.

7. y se condene en Ultra y Extra petita

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda COLPENSIONES (archivo 3 del expediente digital), PROTECCIÓN S.A. (archivo 13 del expediente digital), y se tuvo por no contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A., de acuerdo al proveído del 8 de junio de 2021.

PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES, 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 17 de noviembre de 2021; **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del régimen pensional que hizo la demandante **HILDA DEL CARMEN SIERRA CAMARGO**, del Instituto de Seguros Sociales, administradora del Régimen de Prima Media, a la AFP SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 6 de septiembre de 2002, que cobró efectividad el 1 de noviembre de 2002; **DECLARÓ** válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración durante el lapso que permaneció en dicho fondo, esto es del 01 de noviembre de 2002 hasta el 30 de noviembre de 2008 indexados, con cargo a sus propios recursos; **CONDENÓ** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES debidamente indexados todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y costos cobrados por concepto de administración durante el lapso del 1 de diciembre de 2008 y hasta cuando se haga

efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración, estos últimos con cargo a sus propios recursos; **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en la historia laboral, **ABSOLVIÓ** a COLPENSIONES de las demás pretensiones; **CONDENÓ** en costas a las demandadas PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

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

- Del reconocimiento de la pensión de vejez

Sostiene la apoderada que frente al agotamiento de la reclamación administrativa, como el reconocimiento de la pensión deriva de la prosperidad de la declaración de ineficacia, no era posible en su momento incluir dicha solicitud, pero es una consecuencia jurídica viable luego de que se haya considerado procedente la declaratoria de la ineficacia, indicó que la demandante cumple con la totalidad de requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para generar su derecho pensional en el régimen de prima media, además que obra en el expediente historia laboral consolidada actualizada que si bien no incluye la totalidad de los salarios base de cotización de toda su vida laboral, si relaciona los correspondientes a los 10 últimos años de afiliación y con ellos sería posible calcular el valor de la mesada pensional conforme al artículo 21 de la misma ley.

Por su parte, la demandada **PROTECCIÓN S.A.** también interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia, bajo los siguientes argumentos:

- De la orden de traslado de los descuentos por el lapso del año 2002 al 2008

Indica que los descuentos que fueron realizados tuvieron en principio una base legal que también es aplicable para el régimen de prima media con prestación definida, y en ese sentido no se está considerando que ambas entidades durante el tiempo de afiliación de la demandante, habrían hecho los mismos descuentos para cubrir riesgos y gastos, por otra parte, aduce que debe tenerse en cuenta que según la

interpretación del artículo 1746 las cosas deberán devolverse al estado en que se encontraban asumiendo cada parte las mejoras o las pérdidas sobre el bien administrado, además que conforme a la naturaleza misma del régimen de ahorro individual con solidaridad y a diferencia de la prima media, la cuenta de la demandante generó una rentabilidad superior de la que se pueda generar en COLPENSIONES.

Así las cosas, la consecuencia de la declaratoria de ineficacia al volver las cosas al estado que se encontraban inicialmente, debe analizarse si la rentabilidad que se causó la cuenta de ahorro individual mientras estuvo afiliada la demandante, debía ser o fue la que generarían los aportes de la actora en el régimen de prima media, y con base en ese cálculo determinar si debe asumirse alguna pérdida sobre el bien administrado, por lo que si bien en este tipo de decisiones se asume que por el hecho de afiliarse al RAIS existe una pérdida en este emolumento, consideró que es una condena excesiva a su representada, teniendo en cuenta que se trata de un perjuicio que no fue demostrado.

De igual forma los descuentos que fueron realizados para seguro previsional cumplieron con la misión de cubrir los riesgos de invalidez sobrevivencia o muerte, en el caso de la demandante durante el tiempo que estuvo afiliada a protección, por lo que no debe ordenarse la devolución de este concepto, máxime cuando ya en el año 2008 realizó un traslado horizontal a HORIZONTE S.A., entidad que en ningún momento indicó que existiera detrimento en el monto que le fue trasladada, indicando además que debe estudiarse la prescripción de dichos conceptos, toda vez que no se enfocan directamente a la consolidación del derecho pensional.

Finalmente **COLPENSIONES** interpuso apelación contra la decisión, indicando que:

Dentro del proceso no se encuentra probado el vicio en el consentimiento que dio lugar a la nulidad o la declaración de la ineficacia del traslado de la demandante, ya que se realizó con plena voluntad de la cotizante, la cual adujo se vio ratificada con los más de 19 años que realizó cotizaciones al RAIS, y con su actitud pasiva al no buscar informarse sobre su futuro pensional, pues no se observa ninguna solicitud de información respecto a un posible retorno a COLPENSIONES, o la aclaración de las diferencias entre los Regímenes con anterioridad al año 2019, data en la que ya se encontraba dentro la prohibición de la que habla el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo 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 del régimen, pues aseguró que esta exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en la posibilidad de defensa o en la interposición de recursos, si no que exige además como lo expresa el artículo 29 de la constitución, el ajuste de las normas preexistentes al acto que se juzga, por lo que el juzgamiento de las conductas de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación.

Aunado a ello, indicó que el vínculo contractual generado a partir de la selección y afiliación a uno u otro régimen pensional genera obligaciones reciprocas, tal como lo expresa el artículo 1495 del Código Civil, y escuchado el interrogatorio de parte practicado a la actora, esta al momento de realizar su afiliación al RAIS no busco ampliar la información que le fue brindada al momento del traslado, por lo que no se puede desconocer que el afiliado también tiene obligaciones con las administradoras que elija, tal como lo establecen los deberes de los consumidores del artículo 4 del decreto 2241 de 2010, pues evidente que el deber de información se integra de una parte con la obligación de asesoría y buen consejo de las administradoras, pero también con la información que debe adquirir de manera autónoma los consumidores financieros acerca de las condiciones modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales que permitan tomar decisiones con el debido cuidado y atención que merece la decisión acorde a las expectativas pensionales de cada afiliado,

Por otra parte se refirió a que la demandante manifiesta que la falta de información también radica en que no se le explicaron las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, pero precisa que las características modalidades pensionales del RAIS están consignadas en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que es de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por lo que no resulta viable alegar la ignorancia como excusa, para atribuir a la AFP la responsabilidad de haber omitido información al respecto, máxime cuando la demandante suscribió de manera voluntaria el formulario de vinculación al RAIS.

Finalmente solicito que en caso de no acoger la postura expuesta, se ordene la devolución a favor de COLPENSIONES de todos los gastos que hubieren sido generados producto de los aportes efectuados por la actora a los fondos privados,

con el fin de garantizar un eventual reconocimiento pensional, para que no se vea afectado el patrimonio económico de todas las personas que cotizan al fondo público.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP ING S.A. (HOY PROTECCIÓN), efectuado por **HILDA DEL CARMEN SIERRA CAMARGO** el día 6 de septiembre de 2002; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR S.A., y PROTECCION S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM. **3-** y si la actora tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague la pensión de vejez.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 6 de septiembre de 2002, y posteriormente solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. el 6 de octubre de 2008 (fl 44 y 45 del archivo 13 del expediente digital)

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

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 en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, 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 se estableció 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; 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; 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; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de

declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 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 al sistema pensional de ahorro individual, deben 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, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

- 9-** Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.
- 10-** Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo, e historia laboral. **AFP PROTECCION** aportó: Formulario de afiliación, SIAF, Constancia de traslado de aportes, Reporte de estado de cuenta, políticas de ejecutivo comercial, concepto de la superintendencia 2015, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 6 de septiembre de 2002, 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 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.

Contrario a lo manifestado por el fondo apelante, del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 6 de septiembre de 2002, la demandante tenía 945.71 semanas (fl.53-60 archivo pdf ubicado en la carpeta denominada “11001310503020190086700” del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 20 de agosto de 1962 fl 41 archivo pdf ubicado en la carpeta denominada “11001310503020190086700” del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2019 (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Porvenir S.A. que obra en el archivo 17 del expediente digital, la demandante había cotizado más de 1735 semanas); 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, contrario a lo manifestado por los apelantes, 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 ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., el 6 de septiembre de 2002, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, 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 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 que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, 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.° 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, a ello sumado por lo manifestado por la demandada, 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, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es **que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se confirma lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(..). De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento financiero, 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.

Razones por las cuales se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en lo que respecta a **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **HILDA DEL CARMEN SIERRA CAMARGO** del

régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP ING S.A. (HOY PROTECCIÓN), el 6 de septiembre de 2002, lo mismo que el traslado posterior.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Ahora, es claro para esta Sala que en el presente proceso no solo se encontraba en discusión la afiliación del demandante al Régimen de Pensiones, sino también, la Administradora de Fondos de pensiones que eventualmente tendría la obligación de pensionarlo, situación frente a la cual en decisiones anteriores, se ha dejado sentado que solo se le podría endilgar responsabilidad a COLPENSIONES en el reconocimiento de una pensión, a partir de la ejecutoria del fallo que ordena la ineficacia, esto, en atención a que dentro del RPM es menester exigir para el reconocimiento de cualquier prestación, el retiro del sistema previamente por parte del afiliado o por lo menos, tener prueba de la totalidad de las semanas efectivamente cotizadas, lo cual solo ocurriría, una vez sean trasladados por parte de la AFP al COLPENSIONES, los conceptos ordenados en la sentencia.

Pese a lo anterior, observa esta Corporación que el juez de primera instancia motivó la negativa del reconocimiento de la prestación pensional solicitada, en que además de no tenerse certeza de la totalidad los salarios con los cuales se realizaron los aportes durante toda la vida laboral de la demandante, la parte actora no incluyó dentro de la reclamación administrativa el reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES, por lo que esta última no tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a dicha solicitud.

Dicho esto, debe indicarse que tal como se indicó en precedencia, comparte esta Sala de decisión la negativa de realizar la liquidación de la prestación solicitada, por la falta de información concreta para determinar el valor de la pensión de vejez, no obstante, no sucede lo mismo con la falta de agotamiento de la reclamación administrativa de la demandante, pues una vez verificado el expediente, se observa que en la solicitud elevada el 26 de noviembre de 2019 a Colpensiones más concretamente en la petición 2 (fl 61 a 64 archivo pdf ubicada en la carpeta denominada “11001310503020190086700” del expediente digital), la parte actora enunció que:

“(…)se disponga por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIA A DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de mi poderdante, la señora HILDA DEL CARMEN SIERRA

CAMARGO, en los términos señalados en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, a partir del día veinte (20) de agosto del año dos mil diecinueve(2019), por cumplir los requisitos para esa data junto con el reconocimiento de los intereses moratorios consagrados en el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993 que se llegaren a causar”

Con lo anterior, es claro que erró el *A quo* al indicar que no se agotó la reclamación administrativa, por lo que al tener la certeza que la demandante contaba con 59 años a la fecha de dictar la sentencia de primera instancia y que ha cotizado más de 1735 semanas, hay lugar a ordenar a la demandada COLPENSIONES a reconocer una pensión de vejez a favor de la señora HILDA DEL CARMEN SIERRA CAMARGO, pero condicionándolo a la efectiva desafiliación del sistema de la demandante, para que sea en dicho momento en que la administradora realice la liquidación de la prestación conforme a las normas aplicables y las particularidades propias que se presenten en la historia laboral de la actora.

Así las cosas y bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** el ordinal SEXTO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora HILDA DEL CARMEN SIERRA CAMARGO una pensión de vejez, de acuerdo a la Ley 797 de 2003, una vez se desafilie del sistema, liquidándola acorde a los parámetros que establecen los artículos 34 y 21 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta las particularidades propias que se presenten en la historia laboral de la actora.

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, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de régimen pensional, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorables los recursos de las apelantes, AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las pasivas, y a favor de la parte actora, sumas que se incluirían 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 ordinal SEXTO la sentencia proferida el día 17 de noviembre de 2021 por el Juzgado 30 Laboral el Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora HILDA DEL CARMEN SIERRA CAMARGO una pensión de vejez, de acuerdo a la Ley 797 de 2003, una vez se desafilie del sistema, liquidándola acorde a los parámetros que establecen los artículos 34 y 21 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta las particularidades propias que se presenten en la historia laboral de la actora.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, conforme a lo motivado

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las 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. 11001310503020190086701)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310503020190086701)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503020190086701)

[30-2019-00867-01](#)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Hilda del Carmen Sierra Camargo
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**030-2019-00867-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 32-2020-00197-01

Bogotá D.C., septiembre 30 de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: MARIA HILDA VARGAS MURCIA
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A.-AFP COLFONDOS SA.
LITISCONSORTE: AFP PROTECCION SA.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de marzo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica al abogado IVAN DARIO CIFUENTES MARTIN CC 1.023.872.033 Y TP 241.846 DEL CSJ, para actuar como apoderado sustituto de Colpensiones, según poder debidamente allegado, otorgado por Miguel Ángel Ramírez Gaitán, en su condición de representante legal de WORLD LEGAL CORPORATION SAS, a quien Colpensiones otorgo poder general.

La demandada Colpensiones a través de su procurador judicial, presenta alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 19 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **MARIA HILDA VARGAS MURCIA** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la ineficacia del traslado realizado por **MARIA HILDA VARGAS MURCIA** del Régimen de Prima Media al RAIS en mayo de 1995, y de declare afiliada a COLPENSIONES.
2. Que, como consecuencia se ordene a COLFONDOS SA, retirarla del RAIS y trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos y demás adehalas, y a COLPENSIONES a recibirlos de manera inmediata, como si su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, nunca se hubiera dado.
3. Que se condene a las demandadas ultra y extrapetita y las costas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de septiembre 4 de 2020, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLFONDOS, COLPENSIONES Y PORVENIR, en tiempo, como consta en auto de noviembre 26 de 2020; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito, salvo COLFONDOS quien no se opuso, ni propuso excepciones. Mediante auto de noviembre 30 de 2020 ordena vincular como Litisconsorte necesario a PROTECCION SA, quien contesta la demanda , se opone a las pretensiones y propone excepciones.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 32 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 4 de marzo de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado de **MARIA HILDA VARGAS MURCIA**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado el día 27 de abril de 1995 a AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, así como los posteriores traslados;

CONDENÓ a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR. Y a PROTECCION SA, a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración debidamente indexadas; CONDENO a COLFONDOS SA a trasladar a COLPENSIONES todos los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual, aportes, rendimientos, gastos de administración. ORDENO A COLPENSIONES recibir a la demandante como afiliada al RPM sin solución de continuidad. **DECLARÓ** no probadas las excepciones de mérito propuestas; **ABSOLVIÓ** en lo demás; impuso costas a Porvenir, y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (PORVENIR)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, que se sintetiza así:

-Sostiene que, en este caso no se reúnen los presupuestos suficientes para declarar la ineficacia.

-La demandante si recibió una asesoría por parte de Horizonte en el año 1995, pues se suscribió un formulario que es prueba valida y única exigible para la época, lo mismo que el reglamento del AFP. El deber de información surgió legalmente solo a partir de 2014.

-En el interrogatorio la demandante se contradice, pues a pesar de manifestar que no le advirtieron las desventajas, también dice que la asesoraron varios promotores del fondo. Luego hizo 4 o 5 traslados entre AFP del RAIS, y en cada uno se le tuvo que haber dado asesoría, por lo que se deduce que si tenía conocimiento de las características del RAIS.

-No se pueden tener en cuenta las lineras jurisprudenciales desde el 2008 que establecen la ineficacia de los traslados, porque el traslado de la demandante se hizo mucho antes en 1995, y las obligaciones normativas de brindar información son de 2009 y 2014.

-Manifiesta su inconformidad con devolver los gastos de administración, y los seguros previsionales, pues estos están consagrados en la ley 100/93 y se cobran en virtud de mandato legal, y no están destinados a financiar la pensión; además la superintendencia ha dicho que en estos casos lo único que se devuelve son los aportes y los rendimientos, pues devolver lo demás sería un enriquecimiento sin causa de Colpensiones. Además, se debe declarar la prescripción de los gastos de administración.

COLFONDOS: Apela parcialmente, solo sobre la devolución de los gastos de administración y la indexación, pues son gastos que autoriza la ley, y de ahí se establece un porcentaje para pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, no hay sustento legal para ordenar la indexación.

PROTECCION: Apela parcialmente, en cuanto a los gastos de administración y los seguros previsionales, ya que al declararse la ineficacia es como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, y por tanto no podría obtener rendimientos financieros que no se dan en el RPM.

-Igual los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, se descuentan por ley para proteger una eventual pensión.

Por su parte la demandada COLPENSIONES: No está de acuerdo con la ineficacia declarada, pues el despacho no tuvo en cuenta, el principio de la relatividad jurídica, ya que Colpensiones es un simple tercero, y al retornar el demandante esto afectaría gravemente el equilibrio financiero de Colpensiones

-Solicita al tribunal, ordene al AFP que traslado de régimen a la demandante, mantenerla en dicho fondo, pero con los derecho y garantías del RPM, con lo cual no afectaría a Colpensiones.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR SA, efectuado por **MARIA HILDA VARGAS MURCIA** el día 27 de abril de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP demandadas, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados a los fondos privados, 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 la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE S.A. el 27 de abril de

1995, posteriormente fusionada con Porvenir SA. (contestación demanda Porvenir SA expediente digital) , luego se trasladó a Colmena(nov,1/98), luego a Horizonte(julio 1/99), luego a ING(julio22 de 2002) y finalmente a Colfondos(oct.24/06).

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 frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

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 en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, 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 se estableció 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; 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; 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; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 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 al sistema pensional de ahorro individual, deben 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, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo; **AFP PORVENIR** aportó: Formulario de afiliación a Horizonte (95-99), relación de aportes, historia laboral, certificado SIAFP, página del Tiempo 2014. Comunicado de prensa, concepto de la

Superfinanciera. AFP COLFONDOS: estado de afiliación, historia de vinculaciones SIAFP.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 27 de abril 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 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.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 27 de abril de 1995, la demandante tenía 325 semanas (expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 29 de marzo de 1963 expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2020 (precisando que para el año 2020 la demandante había cotizado más de 1429 semanas, (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, contrario a lo manifestado por los apelantes, 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.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP HORIZONTE S.A., el 27 de abril de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. no

logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, 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 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 que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) 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, contrario a lo manifestado por la demandada, 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, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones

necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es **que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se confirma lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a***

trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)

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 indexados, 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 INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó **MARIA HILDA VARGAS MURCIA** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP HORIZONTE S.A hoy PORVENIR SA, el 27 de abril 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 de las apelantes AFP PORVENIR S.A, AFP COLFONDOS SA, AFP PROTECCION SA, y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las recurrentes, y a favor de la parte actora que se incluirían 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 4 de marzo de 2022 por el Juzgado 32 Laboral el Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A, AFP COLFONDOS SA, AFP PROTECCION SA, 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



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María Hilda Vargas Murcia
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**032-2020-00197-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación 002-2020-00381-01

Bogotá D.C.; treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: AUDENAGO RODRÍGUEZ LOZANO
DEMANDADOS: UGPP
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA //
CONSULTA UGPP.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de la parte demandante, así como de la UGPP presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 17 de junio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor AUDENAGO RODRÍGUEZ LOZANO instauró demanda ordinaria laboral contra de la UGPP, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 3-13 archivo 01 del expediente digital):

DECLARACIONES:

1. Que el demandante fue retirado de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero el 27 de junio de 1999, por liquidación de la Entidad, sin haber cumplido la edad de 55 años y con 20 años de servicios a la Caja.
2. Que el derecho pensional convencional del demandante, se causó el 27 de junio de 1999, con el retiro del trabajador por decisión de la Caja de Crédito, Agrario, Industrial y Minero de dar por terminado el contrato de trabajo por liquidación de la misma, y haber laborado 20 años a dicha entidad, tal como lo establece el parágrafo 1 del Artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente 1998 – 1999.
3. Que el demandante adquirió el derecho pensional convencional, mucho antes de la vigencia del Acto – Legislativo 01 de 2005, puesto que la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999 que la cobijaba fue suscrita el 15 de abril de 1998 entre la entonces Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja Agraria “SINTRACREDITARO”.
4. Que el demandante, tiene derecho a la mesada adicional de junio o mesada catorce, desde la fecha que cumplió la edad de 55 años para entrar a disfrutar el derecho pensional convencional, esto es, desde el 8 de septiembre de 2007.

CONDENATORIAS:

1. A restablecer, liquidar y ordenar el pago de la mesada catorce o mesada adicional de junio, causadas desde el 8 de septiembre de 2007 a futuro.
2. A reconocer debidamente indexadas las mesadas adicionales de junio causadas desde el 8 de septiembre de 2006 hasta cuando sea incluido en nómina para el pago.
3. Costas del proceso.

La **UGPP** contestó la demanda (fl 3 a 8 archivo 05 del expediente digital), de acuerdo al auto dictado el 23 de marzo de 2022, por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 2 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 2 de mayo de 2022, **CONDENÓ** a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, a reconocer la mesada 14 del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a partir 8 de septiembre de 2007, a favor del demandante señor AUDENAGO RODRÍGUEZ LOZANO; **DECLARÓ** parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales adicionales causadas con anterioridad al 27 de octubre de 2017; **CONDENÓ** al pago del retroactivo de las mesadas adicionales causadas a partir de junio de 2018, debidamente indexadas al momento de su pago, sin perjuicio de las que se sigan causando hasta el momento en que se haga su inclusión en nómina de pensionados; **CONDENÓ** en costas a la demandada; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP

RECURSO DE APELACION

La **UGPP** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia así:

Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones solicitadas, indicando en síntesis que si bien la mesada 14 fue creada en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, su reconocimiento fue limitado mediante el acto legislativo 01 de 2005, norma que estableció que solo serán beneficiarios de la mesada pretendida las personas que hubiesen adquirido el estatus pensional antes del 29 de julio de 2005 o aquellas personas que lo adquieran con posterioridad pero antes del 31 de julio de 2011 siempre y cuando el monto de la prestación sea igual o inferior a 3 SMLMV.

Con lo anterior aseguró que el demandante no cumple con los requisitos para que le sea reconocida la misma, en atención a que adquirió la calidad de pensionado el 8 de septiembre de 2007 fecha posterior al 29 de julio de 2005, y su cuantía era superior a 3 estatus pensional antes del 29 de julio de 2005 y aquellas personas que con posterioridad a la fecha y antes del 31 de julio de 2011 adquieran dicho estatus o prestación pensional cuando sea igual o inferior a 3 SMLMV para dicha anualidad.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico por resolver se centra en determinar: **1.** Si el señor AUDENAGO RODRÍGUEZ LOZANO, como beneficiario de la pensión de jubilación convencional desde el 8 de septiembre de 2007, tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14.

STATUS DE PENSIONADA:

Sea lo primero señalar que no constituye objeto de controversia en esta instancia que la entidad accionada la Caja de Crédito, Industrial y Minero en liquidación, le reconoció pensión de jubilación convencional a favor del señor AUDENAGO RODRÍGUEZ LOZANO mediante Resolución No. 05916 del 6 de febrero de 2008, con fundamento en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999, en cuantía inicial de \$1.222.078,55 a partir del 8 de septiembre de 2007, que reajustada al año 2008 ascendía a la suma de \$1.291.614,82, prestación que fue modificada en cumplimiento de un fallo judicial a través del Acto Administrativo RDP 021965 del 16 de julio 2014, en el entendido que la cuantía de la primera mesada ascendía a la suma de \$2.021.567,31 (fls. 17-24 del archivo 01 del expediente digital)

DE LA MESADA CATORCE:

En ese orden de ideas, el señor AUDENAGO RODRÍGUEZ LOZANO es beneficiario de la pensión de jubilación convencional establecida en el parágrafo 1 del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999 a partir del **8 de septiembre de 2007** fecha en la cual cumplió 55 años de edad y ya contaba con más de 20 años de servicio a la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

En lo que atañe a la mesada adicional de junio, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dispone que los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes,

del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1º de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de 30 días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia **C- 409** de septiembre 15 de 1994 declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o.) de enero de 1988", contenidas en el inciso 1º del artículo transcrito."

Por lo anterior, se entiende, con el fallo de la Corte Constitucional, que la mesada adicional de junio que había sido creada exclusivamente para las personas que se habían pensionado antes del 1º de enero de 1988, fue extendida a todos los pensionados, sin excepción.

Por otra parte, el Acto Legislativo 01 de 2005 establece:

"PARÁGRAFO TRANSITORIO 6º. *Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".*

En el *sublíte*, el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo establece:

*"El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión **al llegar a dicha edad**, siempre que haya cumplido con el requisito de veinte años (20) años de servicios a la Institución (...)"*

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro de la lectura del parágrafo primero el artículo 41 convencional que la pensión de jubilación que la prestación se causa en el momento en que se cumplen los dos requisitos: tiempo de servicio y retiro del

servicio, mientras que la edad es un presupuesto para el mero disfrute convencional, por lo que contrario a lo afirmado por el apoderado de la UGPP, el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia tiene por sentado que si la pensión convencional está pactada bajo los mismos supuestos de hecho que regula la Ley, en cuanto al tiempo de servicios, más los requisitos específicos de causación, que en este caso será el retiro antes de cumplir la edad de 55 años, es posible darle el mismo tratamiento, por lo que la edad requerida solo es necesario para la **exigibilidad del derecho**. En este caso la norma convencional que se invoca, cumple con aquel supuesto factico regulado en la ley de pensión jubilatoria restringida, esto es el tiempo de servicios y el retiro, sin haber cumplido 55 años de edad (Sentencia con radicación No. 42.703 del 22 de enero de 2013 y SL1698 con radicado No. 49063 de 9 de febrero de 2016¹).

En ese orden de ideas, es pertinente traer a colación el reciente pronunciamiento de nuestro órgano de cierre SL3554 con radicado No. 74344 del 21 de agosto de 2019 en la que adoctrinó:

*De lo antes expuesto, se infiere que en virtud de la sentencia CC C-409 de 1994, la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los pensionados sin excepción; que a partir de la vigencia del Acto legislativo n.º 01 de 2005, tal prerrogativa fue derogada, salvo para quienes recibieran pensiones iguales o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y, que su extinción definitiva es a partir del 31 de julio de 2011, por disposición expresa de la reforma constitucional mencionada, ya que las pensiones causadas con posterioridad a su vigencia, **no pueden ser reconocidas en 14 mesadas anuales.***

¹ “La aplicación armónica de estos literales llevan a concluir que la pensión restringida se causa siempre que concurren los siguientes presupuestos: que el trabajador sea despedido sin justa causa, y que además tenga al servicio de la empresa más de 10 y menos de 20 años.

En cuanto a la edad, del mismo texto convencional se colige que no se exige como requisito de causación, porque basta que estén satisfechos los presupuestos mencionados (tiempo de servicio y despido injustificado), pues el cumplimiento de los 50 años en el caso de los hombres, simplemente es constitutivo de exigibilidad, pues así se infiere de la cláusula bajo examen, al establecer que se tendrá el derecho «cuando cumplan las edades establecidas de cincuenta (50) años para los hombres y cuarenta y siete (47) años para las mujeres.»

De esta disposición convencional, contrario a lo discurrido por el Tribunal, no se desprende que deba acreditarse la edad para el momento del despido, es decir, en vigencia del contrato de trabajo.

(...)

En esa misma sentencia la Sala precisó su orientación en el entendido de que el artículo 42 de la convención colectiva de trabajo bajo examen, posee una estructura clara, que admite una lectura unívoca, en cuanto consagra una especie de pensión restringida de jubilación, que se causa con el tiempo de servicios y el retiro diferente al despido por justa causa, y en la que el cumplimiento de la edad constituye un simple requisito de exigibilidad”

*Ahora, en cuanto a la prestación de jubilación de la demandante y la mesada adicional de junio, se memora que **la pensión restringida de jubilación consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, se adquiere con el retiro voluntario del trabajador y el tiempo de servicio allí establecido, mientras que la edad mínima es un requisito para su exigibilidad; y tal como lo concluyó el colegiado, la actora consolidó la pensión el 13 de noviembre de 1991 cuando se retiró después de más de 18 años de servicios de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por lo que indudablemente le asiste el derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio, en virtud de lo señalado en la sentencia CC C-409-1994, en tanto su pensión se causó en noviembre de 1991, por cuya razón, fue cobijada por los beneficios del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sin que se hubiere afectado por la expedición del Acto Legislativo n.° 01 de 2005, pues su prestación se consolidó antes de su entrada en vigencia.***

Así las cosas, tal y como se consigna en la Resolución No. 05916 del 6 de febrero de 2008, el demandante prestó sus servicios desde el 4 de enero de 1978 y se retiró del servicio el 27 de junio de 1999, laborando un total de 21 años 5 meses y 24 días, para la Caja de crédito agrario industrial y minero, por lo que debe concluirse que el 27 de junio de 1999 causó su derecho pensional, sin que sea procedente aplicar el Acto Legislativo 01 de 2005, norma que fue expedida con posterioridad a la causación del derecho de la actora (Sentencia SL5030 Rad. 63427 del 9 de octubre de 2019).

Sirven las anteriores consideraciones para concluir que el demandante *tendrá* derecho al pago de 14 mesadas al año, conforme fue dispuesto en la sentencia recurrida, pues la prestación se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en lo que respecta al reconocimiento de la mesada adicional en cabeza del demandante.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Finalmente atendiendo el grado jurisdiccional de consulta de la UGPP, debe

señalarse que en lo que respecta a la prescripción de los derechos laborales, está, se encuentra regulada en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P. T y S.S. y su interrupción, opera por una sola vez y por un lapso igual, y ocurre bien extra procesalmente mediante la reclamación escrita sobre los derechos claramente determinados o, procesalmente con la presentación de la demanda, siempre y cuando se den las condiciones o requisitos a que alude el art. 94 del C.G.P.

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por una sola vez mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes a la fecha en que fue exigible la pensión, que lo fue en septiembre de 2007. Sin embargo la reclamación fue radicada el 20 de noviembre de 2019, y la demanda radicada el 27 de octubre de 2020, por lo que a diferencia de lo indicado por el *A quo* la interrupción de la prescripción no debe contarse desde la presentación de la demanda sino desde la fecha de la solicitud, de lo cual se concluye que la prescripción operaría frente a todas aquellas mesada adicionales de junio causada con anterioridad al 20 de noviembre de 2016, no obstante, como quiera que dicho punto no fue recurrido por la demandante, se mantendrá la decisión adoptada por el juez de primera instancia.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante UGPP, habrá lugar a condenarlo en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, y a favor de la parte actora que se incluirían 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 DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de mayo de 2022 por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500220200038101)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310500220200038101)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500220200038101)

[02-2020-00381-01](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 22-2019-00781-01

Bogotá D.C., agosto treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: MARITZA CAMELO BUITRAGO
DEMANDADO: COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.) //
CONSULTA COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de enero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería al abogado JULIAN ENRIQUE ALDANA OTALORA con C.C. No 80.032.677 y tarjeta profesional No 236.927 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado sustituto de la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

La parte demandada PORVENIR S.A., COLPENSIONES, y la parte demandante presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en

auto de 8 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora MARITZA CAMELO BUITRAGO instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., como aparece a folios 254 a 290 del archivo 001 expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación realizada MARITZA CAMELO BUITRAGO a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. por la omisión del deber profesional de información.
2. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a COLPENSIONES a recibir y a afiliarse de nuevo, de manera inmediata y automática al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a la señora MARITZA CAMELO BUITRAGO, como si su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, nunca se hubiera dado.
3. Se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la señora MARITZA CAMELO BUITRAGO, como cotizaciones, bonos pensionales, sus rendimientos como lo dispone el artículo 1746 del C.C., gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado en aplicación del artículo 963 del C.C.
4. que se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. en caso de haber otorgado pensión a la demandante, continuar pagando la misma hasta tanto sean trasladados por el fondo demandado, todos los recursos a COLPENSIONES, con el propósito de que la demandante no quede desprotegida de su derecho pensional
5. Que se condene a las demandadas en las costas y agendas de derecho, derivadas de este proceso.
6. Que se condene en Ultra y Extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda COLPENSIONES (fls. 3 a 43 del archivo 006 del expediente digital), PORVENIR S.A. (fls. 2 a 33 del archivo 008 del expediente digital) y PROTECCION S.A. (fls. 3 a 26 del Archivo 009 del expediente digital), de acuerdo al auto del 12 de enero de 2022.

COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 22 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 19 de enero de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado de la señora MARITZA CAMELO BUITRAGO identificada con C.C. No 51.667.397, al régimen de ahorro individual, acaecido el día 21 de febrero de 1995; **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., fondo en el que se encuentra afiliada, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional debidamente indexadas; **ORDENÓ** a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES los dineros que recaudo por concepto de gastos de administración por el tiempo que estuvo afiliada la demandante a la entidad, debidamente indexados **ORDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a recibir los dineros, y efectuar los ajustes en la historia pensional de la demandante; **DECLARÓ** no probadas las excepciones de mérito propuestas; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

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

1. De la validez del traslado de régimen pensional y del principio de sostenibilidad financiera.

Sostiene la apoderada que la afiliación realizada por la demandante en el año 1995 al fondo privado porvenir fue realizada de forma libre, espontánea y sin presiones, y pese a que no recibió la información, tampoco solicitó información adicional ni hizo uso de su derecho al retracto.

Indicó que si bien la demandante afirmó que en ninguno de los traslados que realizó se le suministró información clara precisa y suficiente sobre las desventajas que traería el cambio de régimen pensional, también lo es que en su interrogatorio de parte aceptó que en todo su tiempo afiliada en el RAIS tampoco solicitó información para tener conocimiento de su futuro pensional, y solo se interesó en verificar en cuanto quedaría su mesada pensional en cada régimen, cuando se acercaba a la fecha del cumplimiento de edad para el reconocimiento de su pensión, siendo deber de la afiliada el ser diligente y mostrar interés sobre su título pensional y contar con el conocimiento de las normas que rigen el sistema pensional para lo cual podía acercarse a los diferentes fondos a solicitar información.

Finalmente aseguró, que quien debe soportar la carga de una eventual pensión es Colpensiones, por lo que será el patrimonio público el cual entrara a pagar la pensión de vejez que solicitara la demandante, que como estuvo afiliada al RAIS, hizo un ahorro en una cuenta individual y no como funciona el Régimen de Prima Media, no siendo este suficiente para solventar su pensión, pagándose entonces con dineros que hacen parte del patrimonio de los demás, lo cual afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional tal como lo ha indicado la Corte Constitucional, siendo así, debe haber prevalencia del interés general del particular y deben tomarse unas medidas pertinentes y necesarias para cuidar los recursos que soportan el sistema pensional.

Por su parte la **demandada PROTECCIÓN S.A.** sustentó el recurso de apelación que interpuso contra de la sentencia proferida así:

Indicó que la devolución de comisión de administración indexada recae frente a conceptos ya causados dentro de la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la ley como contraprestación a una buena gestión de administración, y con la condena dictada, su representada debe devolver el capital de la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos financieros

generados y lo descontado por comisión por administración, entre ello, el seguro previsional que va sumergido en el 3% descontado, constituyéndose entonces un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, ya que estaría recibiendo un capital por un dinero que nunca administro, y se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante fruto de la buena administración de PROTECCIÓN S.A., por lo que su representada tiene derecho a conservar la comisión y no enviarla a COLPENSIONES por no existir norma que así lo regule.

Adujo que se está desdibujando la consecuencia de la ineficacia, pues al negar todo efecto jurídico y retrotraer las cosas, y ordenar a PROTECCIÓN S.A. a devolver la comisión de administración y los rendimientos, se está reconociendo que dicha afiliación sí tuvo efectos, por lo que es evidente que la situación de la demandante no se está retrotrayendo, aunado a ello, indicó que la jurisprudencia ha mencionado que *“hay que trasladar todo en cuanto entro o ingreso a la cuenta de ahorro de la demandante”*, y como ese 3 % es un descuento de carácter legal que nunca ingreso a la cuenta de ahorro individual, y teniendo en cuenta el artículo 1746 del Código Civil que habla de las restituciones mutuas fruto y abono de mejoras, debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y se determine la inexistencia del contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado genero unos frutos y mejoras producto de la buena gestión de la AFP, por lo que esta última tiene derecho a conservar la comisión de administración si efectivamente lo hizo rentar.

Argumentó que, el seguro previsional fue girado a una aseguradora que en caso de existir un siniestro de invalidez o sobrevivencia, financiaría las pensiones por dichos conceptos, empresas que son un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el acto de traslado de régimen, finalmente aseguró que los gastos de administración y pagos al seguro previsional, opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y no financian directamente la prestación económica de la parte demandante.

Finalmente la **demandada PORVENIR S.A.** sustentó el recurso de apelación que interpuso contra de la sentencia proferida así:

Manifestó que en lo que se refiere a la demandante, quedo comprobado que la misma realizo su afiliación con PORVENIR S.A. de manera libre y voluntaria, sin que se presentara alguna afectación en lo que refiere a esa libertad de escogencia del régimen pensional, la cual fue ratificada con los traslados horizontales realizados,

Indicó que la actora hoy se encuentra bajo la prohibición legal establecida en el literal E del artículo 2 de la Ley 797 del año 2003, y con la ineficacia declarada se está desconociendo la autonomía de la voluntad privada con la cual contó la parte actora, sostuvo que la inconformidad principal recae frente a la orden de devolución de gastos de administración, los que aseguró se generaron como contraprestación de la debida administración de la cuenta de ahorro individual creada en favor de la demandante, y son sumas que hacen parte del 3% de la cotización que sirve para financiar una eventual contingencia de invalidez o sobrevivientes, en ese entendido, dichas sumas no deben ser devueltas conforme a lo considerado en el artículo 113 de la ley 100 de 1993 y lo manifestado por la Superintendencia Financiera en su concepto del 17 de enero el año 2020, y ordenar la devolución de dicho concepto, genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES.

Aunado a ello, adujo que los rendimientos generados durante el tiempo de afiliación de la demandante a PORVENIR S.A. fueron trasladados a PROTECCIÓN S.A., por lo que en ese sentido, cumplió a cabalidad con sus obligaciones, y en razón a ello, no hay lugar a que se genere alguna devolución por estos valores, los cuales además de no financiar la mesada pensional de la interesada, no hacen parte de su capital, y al ser de tracto sucesivo les es dable declarar su prescripción.

No obstante la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

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

administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por la señora **MARITZA CAMELO BUITRAGO** el día 21 de febrero de 1995; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PROTECCIÓN S.A., y 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 la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 21 de febrero de 1995, con fecha de efectividad el 01 de marzo de 1995 y posteriormente solicitó trasladarse a SANTANDER hoy AFP PROTECCIÓN S.A. el día 19 de febrero de 2001, con fecha de efectividad el 01 de abril de 2001 (fl.70 del archivo 009 del expediente digital)

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos 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 presente caso, los fondos demandados en su contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** expediente administrativo. **AFP PROTECCIÓN aportó:** Formulario de afiliación a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. de fecha 19 de febrero de 2001, Historia laboral consolidada emitida por su AFP, reporte de movimientos, relación de aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, certificado SIAFP, políticas de ejecutivos comerciales para asesorar y vincular personas naturales, concepto emitido por la Superintendencia Financiera, comunicado de prensa; formulario de re asesoría pensional del 13 de octubre de 2010 **AFP PORVENIR** certificado SIAFP, formulario de afiliación a PORVENIR de fecha 21 de febrero de 1995, historia laboral consolidada emitida por su entidad, relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual, y relación de aportes concepto emitido por la Superintendencia Financiera, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 21 de febrero 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 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 asesoró y brindo toda la información necesaria, sin que se allegue la hoja de vida de quien brindo la asesoría, para verificar que formación profesional tenía, 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.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias

que implicaría el traslado de régimen, sin que tal presupuesto se tenga por desvirtuado con manifestaciones tales como, que se le informó que el fondo de pensiones privado si devolvía los dineros a los herederos, que la nueva administradora le generaba una rentabilidad a sus dineros, y que firmo el formulario sin ningún reparo, pues nótese que solo le indicaron ventajas, cuando la debida información, implica también las consecuencias y desventajas del cambio de régimen pensional.

Claramente para el momento del traslado 21 de febrero de 1995, la demandante tenía 454.29 semanas (fl.16-19 del Archivo 001 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 30 de noviembre de 1962 – fl.60 del archivo 001 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2019 (precisando que para el 15 de diciembre de 2021, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Protección S.A., la demandante había cotizado 1264,29 semanas, fl. 38 a 51 del archivo 001 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, contrario a lo manifestado por los apelantes, 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.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 21 de febrero de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, 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. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, 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, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)”

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es **que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se hace necesaria la orden de reintegro de la totalidad de las cotizaciones en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.** (Negrita fuera de texto)*

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 **MARITZA CAMELO BUITRAGO** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el 21 de febrero 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 de las apelantes AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las recurrentes, y a favor de la parte actora que se incluirían 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 enero de 2022 por el Juzgado 22 Laboral el Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A., 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. 11001310502220190078101)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310502220190078101)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502220190078101)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Maritza Camelo Buitrago
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**022-2019-00781-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **986a324a40664e82a55063cbef1e2f42138974b88c5678b8a92e7bcd27dca623**

Documento generado en 11/09/2022 09:51:51 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>