



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 20-2019-546-01

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

DEMANDANTE: FRANCISCO JARAMILLO NOVOA

**DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES**

ASUNTO: APELACIÓN AUTO Y APELACIÓN SENTENCIA (DEMANDADA)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral desata los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES contra dos decisiones tomadas por el Juez Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, así: (i) contra el auto proferido el 22 de septiembre de 2021, a través del cual se tuvo por no contestada la reforma a la demanda por parte de COLPENSIONES, recurso que fue concedido en la audiencia pública celebrada el 4 de octubre de la misma anualidad; y, (ii) contra la sentencia que puso fin a la instancia, proferida el 13 de octubre de 2021, decisión que también se estudiará en grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada.

ANTECEDENTES

El señor FRANCISCO JARAMILLO NOVOA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, como aparece a folios 1 a 16 del archivo 01 del expediente digital, y reforma de la demanda (fl. 125 a 142 del archivo 01 del expediente digital), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. **DECLARAR** que ADALIA CÁRDENAS viuda DE VARGAS dejó causado el derecho a la sustitución pensional, de conformidad con lo establecido en los artículos 36 y 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.
2. **DECLARAR** que FRANCISCO JARAMILLO NOVOA le asiste el derecho al reconocimiento de la sustitución pensional en calidad de compañero supérstite de ADALIA CÁRDENAS viuda DE VARGAS, a partir del fallecimiento de la causante.
3. **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer la sustitución pensional a su favor, y pague el retroactivo de las mesadas pensionales causadas desde el 17 de marzo de 2018, hasta el momento de inclusión en nómina de pensionados.
4. **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar intereses moratorios sobre cada una de las mesadas pensionales, de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
5. Que en el evento que no se condene al pago de intereses moratorios, se condene a la indexación de las sumas que se reconozcan en la sentencia.
6. Que se condene extra y ultra petita
7. Y las costas procesales

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, contestó la demanda (fls 106 a 117 del archivo 01 del expediente digital). de acuerdo al auto dictado el 20 de enero de 2021, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y propuso excepciones de mérito.

No obstante, COLPENSIONES no presentó contestación a la reforma a la demanda que admitió el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá a través del auto proferido el 20 de enero de 2021 (archivo 03 del expediente digital).

AUTO PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto proferido el 22 de septiembre de 2021, el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá tuvo por no contestada la reforma de la demanda por parte de COLPENSIONES, con fundamento en que la entidad no presentó el escrito respectivo (archivo 05 del expediente digital).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de apelación, la apoderada de COLPENSIONES aduce que no se corrió traslado a las partes del escrito de reforma de la demanda, conforme lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020 (archivo 06 del expediente digital).

En la etapa de saneamiento del litigio, adelantada dentro de la audiencia celebrada el 4 de octubre de 2021, el *A quo* concedió el recurso de apelación en el efecto devolutivo (archivo 10 del expediente digital).

CONSIDERACIONES

Una vez revisado el expediente la Sala confirmará la decisión de primera instancia que tuvo por no contestada la reforma de la demanda por COLPENSIONES, pues la providencia que admitió dicha reforma se notificó mediante estado electrónico el 23 de septiembre de 2021, momento para el cual la entidad demandada se encontraba debidamente vinculada al proceso, y pese a ello, no presentó escrito de contestación a la reforma de la demanda.

Para este efecto, se debe recordar que el inciso 3° del artículo 28 del CPT y SS establece que *“el auto que admita la reforma de la demanda se notificará por estado y se correrá traslado por cinco (5) días para su contestación. Si se incluyen nuevos demandados, la notificación se hará a estos como se dispone para el auto admisorio de la demanda”*. Así las cosas, dado que la entidad demandada se encontraba debidamente vinculada y la providencia que admitió la reforma a la demanda fue notificada por estado y publicada en el micrositio del juzgado asignado en la página web de la rama judicial, esta Sala estima que la entidad bien podía pedir acceso al expediente digitalizado para conocer su contenido y presentar contestación a la reforma a la demanda de forma oportuna, pero así no lo hizo.

De todas formas, y de entender que la parte demandante debía remitir el escrito de reforma a la demanda a los sujetos procesales, en consonancia con lo establecido en el párrafo del artículo 9 del Decreto 806 de 2020 (hoy Ley 2213 de 2022), lo cierto es que ello no afecta la validez de la actuación, en atención a lo dispuesto en el numeral 14, artículo 78 del CGP, aplicable a los asuntos laborales y de la seguridad social por integración normativa, norma que dice: *“DEBERES DE LAS PARTES Y SUS APODERADOS (...) 14. Enviar a las demás partes del proceso después de notificadas, cuando hubieren suministrado una dirección de correo*

electrónico o un medio equivalente para la transmisión de datos, un ejemplar de los memoriales presentados en el proceso. Se exceptúa la petición de medidas cautelares. Este deber se cumplirá a más tardar el día siguiente a la presentación del memorial. El incumplimiento de este deber no afecta la validez de la actuación, pero la parte podrá solicitar al juez la imposición de una multa hasta por un salario mínimo legal mensual vigente (1 smlmv) por cada infracción”.

Por lo anterior se CONFIRMARÁ entonces el auto proferido el 22 de septiembre de 2021, mediante el cual se tuvo por no contestada la reforma a la demanda por parte de COLPENSIONES.

Resuelto lo anterior, pasa la Sala a resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta sobre la sentencia de primera instancia.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 20 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 13 de octubre de 2021, **DECLARÓ** que FRANCISCO JARAMILLO NOVOA es beneficiario de la pensión de sobrevivientes que dejó causada ADALIA CÁRDENAS VDA DE VARGAS; **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar a su favor dicha prestación a partir del 18 de marzo de 2018, en cuantía del SMLMV, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales corren a partir del 21 de mayo de 2018 hasta que se verifique su pago; **ABSOLVIÓ** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda y; **CONDENÓ** en costas a la parte demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, a través del cual solicita la revocatoria de la totalidad de la sentencia de primera instancia, para lo cual afirma que el demandante no acreditó el cumplimiento de los requisitos y condiciones para acceder al derecho reclamado, en atención a la noción de convivencia plasmada en la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 1399 de 2018, además que a su criterio los testimonios fueron amañados y contradictorios.

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1)** Si FRANCISCO JARAMILLO NOVOA acredita la condición de beneficiario de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de ADALIA CÁRDENAS VDA DE VARGAS, en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación que presentó COLPENSIONES, y **2)** en caso afirmativo determinar su cuantía y si hay lugar a ordenar los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

STATUS DE PENSIONADA DE LA CAUSANTE

Sea lo primero indicar que, no es motivo de discusión que la entidad accionada mediante Resolución 114 de 27 de enero de 1995 reconoció a favor de ADALIA CÁRDENAS VDA DE VARGAS una pensión de invalidez, a partir del 16 de junio de 1994, en cuantía inicial de 1 SMLMV (\$98.700 para la época), por haber sido calificada con una pérdida de capacidad laboral del 55% (folio 17 del archivo 01 del expediente digital).

RECONOCIMIENTO SUSTITUCIÓN PENSIONAL

Sobre la norma que gobierna la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes, es necesario señalar que en reiteradas oportunidades la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la normatividad aplicable para definir el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado; sin perjuicio de las excepciones derivadas del principio de la condición más beneficiosa y de no regresividad en la regulación de las prestaciones de seguridad social, que nacen directamente de la Constitución y desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Así, esto dijo el alto Tribunal en sentencia con radicación 46135 del 13 de julio de 2016:

*Pues bien, es criterio reiterado de esta Corporación, que **el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la norma que se encuentra vigente***

al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado. De ahí que, tal y como lo señaló el Ad Quem, la disposición que rige el asunto es el art. 12 la L. 797/2003, en tanto Castro Marín falleció el 8 de mayo de 2005.

En ese orden, dado que en el proceso se encuentra establecido que ADALIA CÁRDENAS VDA DE VARGAS falleció el 17 de marzo de 2018, conforme el registro civil de defunción (fl. 18 archivo 01 del expediente digital), la definición del derecho en el presente caso está sometido a las disposiciones vigentes para la fecha del deceso de la pensionada, es decir las contenidas en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003¹, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el cual se establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente, **siempre y cuando demuestre que hizo vida marital y convivió con el pensionado por un lapso no menor de 5 años continuos con anterioridad al fallecimiento.**

En ese orden, debe advertirse que el demandante, FRANCISCO JARAMILLO NOVOA, afirma haber convivido con ADALIA CÁRDENAS VDA VARGAS en calidad de compañero permanente desde el año 1999 hasta el día de su fallecimiento (17 de marzo de 2018).

Durante el trámite de la audiencia de pruebas, se practicó el **interrogatorio de parte** al demandante, quien indicó que conoció a ADALIA CÁRDENAS VDA DE VARGAS en el mes de mayo de 1999 en el taller de reparación de aparatos electrónicos (radios y televisores) que tenía para la época, lugar en el que comenzó una amistad con la causante, y que iniciaron convivencia el 10 de septiembre de la misma anualidad en el segundo piso del mismo taller. También hizo referencia a los lugares en los que convivió con la causante, y resaltó que, pese a la diferencia de edad que ambos tenían, siempre estuvo junto a su compañera hasta su fallecimiento.

Se recibieron igualmente los testimonios de **José Aldemar Ocampo Henao, Pacar José Ramírez Díaz, Félix Tequia Mayorga y Guillermina Macías de Pinto**. Los dos primeros testigos afirmaron que eran amigos de FRANCISCO JARAMILLO NOVOA, que conocieron a la causante en el año 1998 y 1999 respectivamente, pues ella se la pasaba en el taller de electrónica que tenía el demandante, que la

¹ ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

pareja comenzó unión marital de hecho en el segundo piso del taller, y que durante los últimos 7 años de convivencia residieron en el Barrio Santa Ana en el Municipio de Soacha. Por su parte, los últimos testigos, representante de la Junta de Acción Comunal del barrio Santa Ana y vecina del mismo barrio, respectivamente, indicaron que el demandante tenía una casa de su propiedad en el barrio Santa Ana en el Municipio de Soacha, pero que por muchos años no vivió en ella dado que la tenía arrendada, y que en el año 2011 llegó a vivir con su pareja, ADALIA CÁRDENAS VDA DE VARGAS, con quien convivió hasta el momento de su fallecimiento.

Si bien, el testigo **Pacar José Ramírez Díaz** advirtió en su declaración sobre la diferencia de edad que existía entre la causante y el demandante, pues según su dicho, cuando inició la convivencia la pensionada tenía aproximadamente 70 años de edad y el demandante tenía aproximadamente 45 años, todos los testimonios afirmaron al unísono que convivieron como pareja, que nunca se separaron, que los gastos del hogar fueron compartidos, incluso refirieron que la pareja compartía habitación, y que al final de sus días, el demandante cuidó todo el tiempo de la causante, dadas las enfermedades que ella padecía.

Cabe señalar que, pese a que se observaron algunas contradicciones entre los testimonios rendidos, estas no se encuentran relacionadas con el requisito de convivencia en estricto sentido, sino sobre la situación sentimental del demandante antes del año 1999, si él habitó la casa de su propiedad en el barrio Santa Ana antes del año 2011 (anualidad en la que todos afirman se convirtió en el domicilio de la pareja), y sobre si en esa casa solo convivieron ellos dos o si otra persona compartió el lugar de vivienda, pues 3 de los testigos afirmaron que durante los últimos años de convivencia vivió con ellos Edison, quien es uno de los hijos del demandante (aspecto que no fue advertido por uno de los testigos).

Adicionalmente, la parte demandante aportó prueba documental que da cuenta de la convivencia que sostuvo con la causante durante los cinco años anteriores a su fallecimiento, así: (i) formularios de afiliación de ADALIA CÁRDENAS VDA DE VARGAS a la EPS y certificaciones que dan cuenta de que FRANCISCO JARAMILLO NOVOA fue su beneficiario en el sistema de seguridad social en salud, en calidad de compañero permanente, desde el 7 de octubre de 2002 hasta el 17 de mayo de 2018, cuando fue retirado por la muerte de la causante (fls 20 a 25, archivo 01 del expediente digital); (ii) 3 declaraciones extrajuicio rendidas en vida por la causante, en las que hizo referencia a la existencia de convivencia con el causante en unión marital de hecho desde el año 2000, rendidas el 20 de septiembre

de 2002, el 28 de abril de 2005 y el 8 de octubre de 2007 (fls. 67 a 69, archivo 01 del expediente digitalizado); y, (iii) declaración extrajuicio rendida por el demandante y la causante el 11 de junio de 2013, en la cual hicieron referencia a la convivencia en unión marital de hecho durante los últimos 14 años (fl. 70, archivo 01 del expediente digitalizado).

Cabe advertir que no se tuvieron en cuenta las declaraciones extrajuicio de terceros que no fueron traídos al proceso como testigos, puesto que COLPENSIONES en su contestación solicitó la ratificación de dichas declaraciones, en los términos del artículo 222 del CGP.

También se debe advertir que la entidad demandada no aportó ninguna prueba para desvirtuar lo dicho por la parte actora y por los testigos traídos a juicio, pues no aportó copia de la investigación que realizó para hacer una valoración sobre las conclusiones a las que llegó la entidad en sede administrativa, y solo aportó el reporte actualizado de semanas cotizadas del demandante, documento en el que únicamente se evidencia que el actor nunca se ha afiliado a COLPENSIONES.

Sobre el requisito, es pertinente traer a colación la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la convivencia se debe demostrar claramente en el proceso, pues la pensión de sobrevivientes protege al núcleo familiar y estable que tenía el fallecido al momento de la muerte (pensionado o afiliado) y no a otras personas, por lo que resulta necesario acreditar que existía dicho núcleo familiar, con vocación de permanencia, o comunidad de vida estable *“lo que excluye los encuentros pasajeros, casuales, esporádicos e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”* (sentencia SL 1399 de 2018, radicación 45779).

Por todo lo dicho, y contrario a lo esgrimido por la entidad demandada en su recurso, esta Sala estima que, sí se encuentra acreditado que el demandante convivió con ADALIA CÁRDENAS VDA DE VARGAS, en calidad de compañero permanente, durante los 5 años anteriores a su fallecimiento, convivencia que se ejecutó con vocación de permanencia y una comunidad de vida estable.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que reconoció el derecho al 100% de la pensión de sobrevivientes a favor de FRANCISCO JARAMILLO NOVOA a partir del 18 de marzo de 2018, un día después del

fallecimiento de la causante, sobre un SMLMV como lo definió el juez de primera instancia. Cabe advertir que no operó el fenómeno de prescripción sobre ninguna de las mesadas adeudadas, puesto que la demanda fue interpuesta dentro del término trienal, el 24 de julio de 2019 (fl 89, archivo 01 del expediente digitalizado).

No obstante, se adicionará la sentencia de primera instancia para establecer el valor del retroactivo pensional causado entre el 18 de marzo de 2018 y el 30 de septiembre de 2022, de conformidad con lo establecido en el artículo 283 del CGP, aplicable a la especialidad laboral y de seguridad social por integración normativa, norma que dispuso lo siguiente: “[I]a condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valores determinados. El juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ello no hubiese apelado”.

Así las cosas, el del retroactivo pensional causado entre el 18 de marzo de 2018 y el 30 de septiembre de 2022 asciende a la suma de \$55.195.892, conforme las operaciones aritméticas que realizó el Tribunal y que se ilustran a continuación, sin perjuicio de las mesadas que a futuro se causen.

RETROACTIVO MESADAS PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES CAUSADAS ENTRE EL 18 DE MARZO DE 2018 Y EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2022			
AÑO	VALOR PENSIÓN SOBREVIVIENTES (SMLMV)	No. MESADAS	TOTAL RETROACTIVO
2018	\$ 781.242	11	\$8.593.662
2019	\$ 828.116	14	\$11.593.624
2020	\$ 877.803	14	\$12.289.242
2021	\$ 908.526	14	\$12.719.364
2022	\$ 1.000.000	10	\$10.000.000
			\$55.195.892

Las operaciones aritméticas se realizaron teniendo en cuenta 14 mesadas al año, pues la pensión objeto de sustitución se causó antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (la pensión se causó el 17 de junio de 1994).

Cabe advertir que, COLPENSIONES se encuentra autorizada para deducir de las mesadas pensionales los aportes que corresponden al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, obligación que opera por ministerio de la ley, sin que resulte necesaria una declaración judicial que así lo imponga, tal como lo precisó la Sala

de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia SL 2731 de 2021, radicación No. 83565).

INTERESES MORATORIOS

En lo relacionado con el pago de los **intereses moratorios** previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe indicarse que la condena de intereses moratorios se impone, sin tener en cuenta para ello el comportamiento de la entidad obligada al pago, esto es, si medió o no buena fe en su actuación, o si eventuales circunstancias impidieron el pago oportuno de la prestación. Al respecto se trae a colación la sentencia del 06 de noviembre de 2013, radicación 43602 mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó:

(...)

La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Situación que fue reiterada en las sentencias del 12 y 19 de marzo de 2014, radicación 44526 y 45312 respectivamente, en el que morigera la postura referente a no considerar para efectos de establecer la procedencia de los intereses de mora, el concepto de buena o mala fe o de las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional (Sentencia SL 3687 con radicación 67780 del 3 de septiembre de 2019).

Aunado a lo anterior, en reciente pronunciamiento por parte de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3130 Rad. 66868 del 19 de agosto de 2020 y SL 1681 – 2020, entre otras, frente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, adoctrinó:

En paralelo a lo anterior, esta corporación ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios (CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras), de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta del deudor obligado, sino que proceden automáticamente por la mora en el pago efectivo de la obligación.

En la sentencia CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21892, se dijo también que los intereses moratorios tenían ese importante designio de hacer justicia a una parte vulnerable de la población cuyo sostenimiento dependía del pago de su pensión.

En concordancia con lo antes expuesto, debe decirse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 estipula que, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la administradora está obligada al pago de los intereses moratorios sobre el importe de la obligación a su cargo.

Ahora bien, el artículo primero de la Ley 717 de 2001 establece que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deberá efectuarse a más tardar **2 meses contados a partir de la fecha presentación de la solicitud con la documentación que acredite el derecho.**

Aclarado lo anterior, dado los medios probatorios allegados al proceso se acredita que el demandante acreditó la calidad de beneficiario de la pensión de sobreviviente y presentó reclamación administrativa el 21 de marzo de 2018, la cual fue negada mediante la Resolución SUB 119707 de 5 de mayo de 2018 (folios 39 a 45, archivo 01 del expediente digitalizado), bajo el argumento de que el peticionario no aportó elementos de juicio contundentes que demuestren convivencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento.

Así las cosas, la fecha de causación de los intereses moratorios de las mesadas insolutas, procede a partir del 21 de mayo de 2018, esto es, 2 meses después de la radicación de la solicitud, tal como lo concluyó el juez de primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

SIN COSTAS en esta instancia por los resultados del proceso.

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 el auto proferido el 22 de septiembre de 2021 por el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá, que tuvo por no contestada la reforma de la demanda por parte de COLPENSIONES.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida el 13 de octubre de 2021 por el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá, para establecer que el retroactivo pensional adeudado a FRANCISCO JARAMILLO NOVOA entre el 18 de marzo de 2018 y el 30 de septiembre de 2022, asciende a la suma de \$55.195.892, sin perjuicio de las mesadas pensionales que se causen a futuro.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 13 de octubre de 2021 por el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá en todo lo demás.

SEXTO: SIN COSTAS en la apelación.

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. 110013105052020190054601)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 110013105052020190054601)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 110013105052020190054601)

[20-2019-00546-01](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 18-2019-00873-01

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

DEMANDANTE: **MARGARITA ACOSTA MORENO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
COLFONDOS S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADAS
(COLPENSIONES, COLFONDOS 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, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de marzo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y la demandada PORVENIR S.A. presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 19 de julio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **MARGARITA ACOSTA MORENO** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A. como aparece a folios 4 a 19 del archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad de la vinculación de la señora **MARGARITA ACOSTA MORENO** al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP PORVENIR S.A.
2. como consecuencia de la anterior declaración se condene COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de mi mandante, junto con los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales de la demandante
3. Que se condene a COLPENSIONES a aceptar el retorno de la demandante como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional, y a recibir el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.
4. Que se condene en costas y agendas de derecho.
5. y se condene en Ultra y Extra petita

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda **COLPENSIONES** (archivo pdf denominado "*Contestación Margarita Acosta*" de la carpeta "*CD. FOLIO 92*" del expediente digital), **PORVENIR S.A.** (archivo pdf denominado "*CONT 219 873*" de la carpeta "*CD. FOLIO 74*" del expediente digital), y **COLFONDOS S.A.** (archivo pdf de la carpeta "*CD. FOLIO 90*" del expediente digital), de acuerdo al proveído del 28 de febrero de 2022.

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

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 7 de marzo de 2022; **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la señora MARGARITA ACOSTA MORENO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por

PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., suscritas el 20 de enero de 2004 con efectividad a partir del 1 de marzo de 2004 y el 27 de febrero de 2015, con efectividad a partir del 01 de marzo de 2015; **DECLARÓ** que para todos los efectos legales la demandante siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **CONDENÓ** a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, siendo estos, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos, y los porcentajes correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, ordenando su discriminación con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes al momento de cumplirse la orden; **CONDENÓ** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por la afiliación de la demandante, por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, con valor indexado y cargo a sus propios recursos; **ORDENÓ** a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante y corregir su historia laboral cuando reciba los dineros de COLFONDOS S.A.; **DECLARÓ** no probada la excepción de prescripción; **CONDENÓ** en costas a las demandadas COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLFONDOS S.A.** interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, para lo cual inició aclarando que de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 los descuentos realizados por concepto de costos de administración y seguros previsionales son realizados tanto en el RAIS como en el RPM, por lo que su entidad atendiendo la naturaleza propia del régimen que administra, realizó gestiones que generaron rendimientos que aumentaron el monto de la cuenta de ahorro individual de la demandante, razón por la que considera que ordenar la devolución de los gastos de administración no solo desconoce las inversiones realizadas, sino que generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante y Colpensiones.

Respecto de los seguros previsionales manifestó que estos se generan como consecuencia de la suscripción del formulario de vinculación con miras a cubrir los riesgos de invalidez y muerte del afiliado, los cuales se contratan con aseguradoras

externas a la administradora, y pese a que la demandante no sufriera ningún siniestro durante su vinculación, no debería desconocerse que la entidad cumplió con su deber legal para mantener asegurada a la actora, aunado a ello, aseguró que el porcentaje destinado a la garantía mínima también se dirige a un tercero que financiaría una eventual pensión en cabeza de la demandante de reconocerse bajo parámetros del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, motivo por el que adujo que tales conceptos no harían parte de los dineros utilizados para el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, lo que en genera que no deban ser devueltos a la administradora del RPM.

Finalmente, solicitó que en caso de mantener la orden de devolución de dichos conceptos, sea revocada la orden de indexación de los dineros, esto, debido a que no fue solicitado dentro del libelo inicial, y al ser condenada de forma oficiosa, vulnera el debido proceso de su entidad, la cual no realizó oposición al no encontrarse bajo debate tal pretensión.

Por su parte la demandada **PORVENIR S.A.**, también presentó recurso de apelación parcial contra la sentencia, solicitando la revocatoria de la orden de devolución de los gastos de administración, prima de seguros y los dineros destinados al fondo de solidaridad, en atención a que tales conceptos fueron deducidos en cumplimiento de lo establecido en la Ley 100 de 1993, y el hecho de ordenar el traslado de esos conceptos a Colpensiones generaría un enriquecimiento sin causa a favor de esta, pues no existe norma que disponga tal devolución, ya que el literal b del artículo 113 Ley 100 de 1993, es la norma que regula cuales son los dineros que deben ser trasladados en caso de presentarse un cambio de régimen pensional, limitándolos a el saldo de la cuenta individual y los rendimientos, por lo que los conceptos frente a los cuales presenta inconformidad en su devolución no le pertenecen al afiliado, ya que son la contraprestación a favor del fondo privado por las gestiones que realizó para incrementar el capital existente en la cuenta individual de la demandante.

Finalizó indicando que, de ordenarse la devolución, también debería condenarse a la parte demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, ya que en tratándose de las restituciones mutuas, uno de los efectos jurídicos dispuestos en el artículo 1746 C.C. en cuanto a la nulidad de un acto jurídico, es que la parte que recibió frutos de la relación contractual que ha sido declarada nula estará en la obligación de restituirlos.

Por último, la demandada **COLPENSIONES** interpuso apelación contra la decisión, argumentando que, la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica sin ninguna ponderación, por lo que si en el presente asunto la parte demandante asegura que no fue asesorada de las ventajas y desventajas al momento de realizar la afiliación al RAIS, es quien debe soportar probatoriamente tal afirmación, más aún cuando estuvo vinculada a dos administradoras de este régimen, razón por la que no debería reactivarse su afiliación al RPM, pues además de no acreditar sus afirmaciones, no guardo fidelidad en este último, lo que generaría un detrimento patrimonial que pondría en riesgo su sostenibilidad financiera.

Adujo también que no es dable para la parte demandante, alegar la ignorancia de la ley para invalidar su decisión de afiliación, la cual fue ratificada por más de 10 años con la realización de sus aportes, pues las características, condiciones y modalidades pensionales propias del RAIS están consignadas en el artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos dentro del territorio colombiano.

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 **MARGARITA ACOSTA MORENO** el día 20 de enero de 2004; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP COLFONDOS 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 20 de enero de 2004 con fecha de efectividad del 1 de marzo de 2004, y posteriormente solicitó

trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A. el 27 de febrero de 2015 con fecha de efectividad del 1 de abril de 2015 (fl 23 del archivo pdf de la carpeta “CD. FOLIO 90” 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 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 presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES**: Expediente administrativo, e historia laboral. **AFP PORVENIR S.A.**: Certificado de traslados SIAFP, formulario de vinculación, Historia laboral consolidada, Relación histórica de movimientos, Relación de aportes, concepto de la superintendencia, y comunicado de prensa, y **AFP COLFONDOS**

S.A.: Pantallazos certificando el estado de la cuenta de la demandante, certificado de traslados SIAFP, Reporte detallado del estado de cuenta, y comunicado de prensa

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 20 de enero de 2004, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por 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 en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del asesor, 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.

Aclarando 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 20 de enero de 2004, la demandante tenía 926 semanas (archivo pdf de la carpeta comprimida ubicada en la carpeta denominada "CD. FOLIO 92" del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 26 de diciembre de 1965 fl 37 archivo 01 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2022 siempre y cuando para dicha anualidad cumpla con el mínimo de semanas requeridas; 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 el apelante, 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 20 de enero de 2004, 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 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.° 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.”

Ahora, también se halla la razón al a quo, en lo que refiere a que se debe emitir orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES, esto, dado a que 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, debe indicarse que 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.

Finalmente, en lo que respecta a la inconformidad presentada por la orden de indexación dada por el *A quo*, debe indicarse que desde antaño nuestro órgano de cierre, ha establecido que aun cuando la solicitud de indexación no haga parte de las pretensiones del libelo inicial, es viable su imposición oficiosa dado a que no comportaría una condena adicional a la requerida, esto en atención a que se erige como una garantía constitucional, para mantener el poder adquisitivo de las sumas ordenadas en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, criterio expuesto entre otras en sentencias SL359-2021 y SL859-2021, razón por la que no hay lugar a modificar la sentencia frente a este aspecto.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en lo que respecta a **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **MARGARITA ACOSTA MORENO** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el 20 de enero de 2004, lo mismo que el traslado posterior.

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 COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., 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 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: CONFIRMAR la sentencia proferida 7 de marzo de 2022 por el Juzgado 18 Laboral el Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., 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



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Margarita Acosta Moreno
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**018-2019-00873-01**

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: **51956086f4850ea115bc45aef9841f43ad03d85b6c44a478c3caacfac5430d14**

Documento generado en 02/12/2022 05:10:57 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 39-2019-00844-01

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

DEMANDANTE: **RUBÉN DARÍO LLANES MANCILLA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
PORVENIR S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR S.A., y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las demandadas COLPENSIONES, y PORVENIR presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 19 de julio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **RUBÉN DARÍO LLANES MANCILLA** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. como aparece a folios 3 a 40 del

archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, por la omisión del deber de información de la AFP PORVENIR S.A.
2. como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del C.C., gastos de administración o cualquier otro que ese hubiera generado en aplicación del artículo 963 del C.C.
3. que se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado y afilie nuevamente al demandante al régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen.
4. que en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte de su entidad al momento de dictarse sentencia que ponga fin a la Litis, se condene a PORVENIR S.A. a seguir pagándola hasta tanto sean trasladados todos los recursos a COLPENSIONES para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por este.
5. Que se condene a las demandadas en las costas y agendas de derecho, derivadas del proceso.
6. y se condene en Ultra y Extra petita

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda COLPENSIONES (archivo 02 de la carpeta 06 del expediente digital), y PORVENIR S.A. (fls. 1 a 33 del archivo 02 de la carpeta 08 del expediente digital), de acuerdo al proveído del 28 de abril de 2022.

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

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 23 de mayo de 2022; **DECLARÓ** que el traslado realizado por el señor **RUBÉN DARÍO LLANES MANCILLA** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., que fue efectivo a partir del 01 de mayo de 1996 es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, entendiéndose que el actor jamás se separó del régimen de prima media; **CONDENÓ** a la demandada PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES todas las sumas de dinero indexadas, que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y gastos por administración, causadas durante todo el tiempo que se estuvo afiliado el demandante, sin que le sea dable descontar suma alguna de dinero pagado por seguros previsionales como lo son seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima; **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir los dineros y reactivar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad; **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada; **INFORMÓ** a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones judiciales para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz; **CONDENÓ** a PORVENIR S.A. en costas; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación contra la decisión en los siguientes términos:

Respecto a la ineficacia del traslado

Indicó que en lo que tiene que ver con el deber de información, su entidad cumplió a cabalidad con la normatividad que se encontraba vigente para la época en la que se realizó el traslado del demandante, la cual recordó conforme a los artículos 14 y 15 del Decreto 656 del 1994 era dejar una constancia escrita de lo informado al afiliado, dado a que tan solo con la expedición del decreto 2241 del año 2010, el decreto 2071 del año 2015 y la Ley 1748 del año 2014 nació la obligación en cabeza de las administradoras de realizar la asesoría informando a sus afiliados y el público en

general la información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las consecuencias de su afiliación, situación que aseguró fue ratificada por la Superintendencia Financiera en sus conceptos 001 del 12 de junio de 2017 y el 910 del 29 de diciembre de 2015.

Frente a los gastos de administración y primas de seguros

Manifestó que los rublos correspondientes a los gastos de administración son descontados no por capricho de la entidad, sino por disposición del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, norma que establece la distribución del ingreso realizado por concepto de aporte del afiliado, y en el que se establece que el 3% está encaminado a cubrir los gastos causados por la administración de los recursos contentivos en la cuenta de ahorro individual del demandante, situación que se observa en las pruebas documentales allegadas al proceso por lo que no debe ordenarse su devolución.

Finalmente respecto a las primas de seguros, aseguró que no hay lugar al traslado de los mismos, en atención a que tales dineros cumplieron su finalidad desde el año 1996 a la época, ya que dichos dineros fueron destinados a pagar los seguros con los cuales se cubrían las contingencias de invalidez y muerte, que en caso de ocurrir, su entidad realizaría el reconocimiento de la prestación correspondiente utilizando el pago adicional de la aseguradora en el momento que ocurriera el siniestro, sin que esto se afecte por el hecho de no presentarse el mismo.

Por su parte **COLPENSIONES** también interpuso apelación contra la decisión, argumentando que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional de acuerdo a los preceptos legales y jurisprudenciales, además que no se acreditó que hubiese existido ningún tipo de engaño por la AFP que diera paso a declarar la ineficacia del traslado, manifestó que en las oportunidades legales nunca se manifestó intención alguna de retractarse de la afiliación efectuada al RAIS, resultando así asumir las consecuencias legales de tales decisiones, que no son otras que las de regirse bajo las normas procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad desde el día que realizó su traslado.

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 **RUBÉN DARÍO LLANES MANCILLA** el día 26 de marzo de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso, que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 26 de marzo de 1996 con fecha de efectividad del 1 de mayo de 1996, y posteriormente se trasladó a la AFP COLPATRIA el día 31 de agosto de 1998 con fecha de efectividad del 1 de octubre de 1998, a la AFP HORIZONTE el día 6 de septiembre de 1999 con fecha de efectividad el 1 de noviembre de 1999 y finalmente retornó a la AFP PORVENIR S.A. el día 31 de julio de 2009 con fecha de efectividad del 1 de septiembre de 2009 (fl. 90 archivo 02 de la carpeta 08 del expediente digital), aclarando que la totalidad de las administradoras a la que estuvo afiliado fueron absorbidas a la demandada PORVENIR S.A. mediante fusión.

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 válido 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 aportaron **COLPENSIONES**: Expediente administrativo, e historia laboral, la **AFP PORVENIR S.A.**: Historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, certificado de afiliación del demandante, Formularios de solicitud de afiliación, historia laboral para bono pensional emitida por el Ministerio de hacienda y Crédito Público, certificado SIAFP, certificado de relación de aportes concepto de la superintendencia 2015, y comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de marzo de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el 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 en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del asesor, 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.

Aclarando que del interrogatorio de parte realizado al 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 26 de marzo de 1996, el demandante tenía 209,71 semanas (historia laboral de Colpensiones que obra a fls. 53 a 57 del archivo 01 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 3 de noviembre de 1960 fl 139 archivo 01 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2022 (precisando que para el 24 de octubre de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral emitida por PORVENIR S.A. que obra en los fls 34 a 45 del archivo 02 de la carpeta 08 del expediente digital, el demandante había cotizado más de 1540 semanas); y en el RAIS, para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida.

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 el apelante, 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 PORVENIR S.A., el 26 de marzo de 1996, la cual lo 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 el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo 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, 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.”

Ahora se halla razón al *A quo* respecto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES, esto, dado a que 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, debe indicarse que 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.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, respecto a **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO**

que realizó el señor **RUBÉN DARÍO LLANES MANCILLA** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el 26 de marzo de 1996.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, 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 del actor 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 COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., 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 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: CONFIRMAR la sentencia proferida 23 de mayo de 2022 por el Juzgado 39 Laboral el Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., 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



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

[39-2019-00844-01](#)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Rubén Darío Llanes Mancilla
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**039-2019-00844-01**

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: **3669824b7203535f21ede5e67a0e8f847eb8e64f4ab93c6c4126ae7d6dbe5b63**

Documento generado en 02/12/2022 05:10:55 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 27-2018-658-01

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

DEMANDANTE: **ISABEL RAMÍREZ DE OSPINA**
DEMANDADO: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**
LITISCONSORTE
NECESARIA: **OLGA GIL GIL**
ASUNTO: **APELACIÓN (COLPENSIONES)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C. el 16 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

ISABEL RAMÍREZ DE OSPINA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, debidamente sustentada con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. **DECLARAR** el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor JESÚS MARÍA OSPINA SÁNCHEZ q.e.p.d. a favor de ISABEL RAMÍREZ OSPINA, en calidad de cónyuge sobreviviente.
2. **ORDENAR** a la demandada pagar a favor de la demandante la sustitución pensional desde la fecha de muerte del causante, debidamente indexada, y con sus correspondientes intereses moratorios.
3. Que se condene en costas procesales.

CONTESTACIONES DE DEMANDA

Mediante auto proferido el 18 de junio de 2019, el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda promovida por ISABEL RAMÍREZ OSPINA en contra de COLPENSIONES, y dispuso la integración de OLGA GIL GIL al proceso, pues se trata de la persona que actualmente percibe el 100% de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de JESÚS MARÍA OSPINA SÁNCHEZ q.e.p.d., de conformidad con lo establecido en el artículo 61 del CGP (fls 46 a 47 del archivo denominado “EXP 2018-0658” de la carpeta 01 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó la demanda (fls 63 a 74 del archivo denominado “EXP 2018-0658” de la carpeta 01 del expediente digital), y OLGA GIL GIL, (fl 1 a 8 del archivo 04 del expediente digital), de acuerdo al auto dictado el 6 de mayo de 2021, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y propuso excepciones de mérito

COLPENSIONES, y OLGA GIL GIL se oponen a las pretensiones de la demanda y proponen excepciones de mérito.

Posteriormente, el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto de 12 de mayo de 2021, ordenó la remisión del proceso al Juzgado 2 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, bajo los presupuestos establecidos en la Circular DESAJBOC21-24 emitida por el Consejo Superior de la Judicatura.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO SEGUNDO (2°) LABORAL TRANSITORIO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.** en sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021, **DECLARÓ** que ISABEL RAMÍREZ DE OSPINA es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejó causada JESÚS MARÍA OSPINA SÁNCHEZ q.e.p.d.; **REDISTRIBUYÓ** la

mesada pensional inicialmente reconocida de forma exclusiva a favor de OLGA GIL GIL, en los siguientes porcentajes: 23.81% a favor de ISABEL RAMÍREZ DE OSPINA y 76.18% a favor de OLGA GIL GIL; **CONDENÓ** a COLPENSIONES a pagar la pensión de sobrevivientes a favor de ISABEL RAMÍREZ DE OSPINA a partir del 9 de julio de 2009, en proporción al 23.81% de la mesada pensional, sobre 14 mesadas, y liquidó el retroactivo de la proporción de las mesadas adeudadas entre el 15 de mayo de 2015 y el 31 de agosto de 2021, por prescripción, en la suma de \$30.239.495, suma que ordenó pagarse de forma indexada, y de la cual autorizó a la administradora a descontar lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud; **DECLARÓ** no probadas las demás excepciones propuestas por COLPENSIONES; **CONDENÓ** en costas a COLPENSIONES; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

El representante judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, a través del cual solicita la revocatoria de la totalidad de la sentencia de primera instancia. Afirma que el interrogatorio de parte rendido en el proceso no fue claro y las pruebas practicadas en el proceso no permite llegar a una conclusión sobre la convivencia distinta a la que llegó la entidad en sede administrativa. Además, advirtió que de reconocer la prestación a favor de ISABEL RAMÍREZ DE OSPINA se incurriría en un pago doble, pues ha venido pagando el 100% de la mesada pensional a favor de OLGA GIL GIL.

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

El problema jurídico se centra en determinar: **1)** si ISABEL RAMÍREZ DE OSPINA, en condición de cónyuge supérstite, y/o OLGA GIL GIL, en condición de compañera permanente, acreditaron la calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de JESÚS MARÍA OSPINA SÁNCHEZ q.e.p.d., y **2)** en caso afirmativo determinar su cuantía.

STATUS DE PENSIONADO DEL CAUSANTE

Sea lo primero indicar que, no es motivo de discusión que mediante Resolución 2050 de 1° de enero de 1991 el ISS, hoy COLPENSIONES, reconoció a favor de JESÚS MARÍA OSPINA SÁNCHEZ una pensión de vejez, cuya cuantía para el ingreso a nómina ascendía a la suma de \$1.045.003, tal como lo informa en sus antecedentes la resolución DIR 18767 de 22 de octubre de 2018 (fl 35 a 39 del archivo denominado “EXP 2018-0658” de la carpeta 01 del expediente digital).

RECONOCIMIENTO SUSTITUCIÓN PENSIONAL

Sobre la norma que gobierna la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes, es necesario señalar que en reiteradas oportunidades la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la normatividad aplicable para definir el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado; sin perjuicio de las excepciones derivadas del principio de la condición más beneficiosa y de no regresividad en la regulación de las prestaciones de seguridad social, que nacen directamente de la Constitución y desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Así, esto dijo el alto Tribunal en sentencia con radicación 46135 del 13 de julio de 2016:

*Pues bien, es criterio reiterado de esta Corporación, que **el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la norma que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado.** De ahí que, tal y como lo señaló el Ad Quem, la disposición que rige el asunto es el art. 12 la L. 797/2003, en tanto Castro Marín falleció el 8 de mayo de 2005.*

En ese orden, dado que en el proceso se encuentra establecido que JESÚS MARÍA OSPINA SÁNCHEZ q.e.p.d. falleció el 9 de julio de 2009, conforme el registro civil de defunción (fl 12 del archivo 04 del expediente digital), la definición del derecho en el presente caso está sometido a las disposiciones vigentes para la fecha del deceso del pensionado, es decir las contenidas en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003¹, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el cual se establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o

¹ ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

compañero permanente, siempre y cuando demuestre que hizo vida marital y convivió con el pensionado por un lapso no menor de 5 años continuos con anterioridad al fallecimiento.

Por otro lado, no cabe asomo de duda que ISABEL RAMÍREZ DE OSPINA contrajo matrimonio con JESÚS MARÍA OSPINA SÁNCHEZ q.e.p.d. el 22 de diciembre de 1958, conforme registro civil de matrimonio (fl. 11 del archivo denominado “EXP 2018-0658” de la carpeta 01 del expediente digital).

Tampoco fue objeto de controversia que, a través de la Resolución No. 000127 de 27 de enero de 2010, el ISS, hoy COLPENSIONES, reconoció a favor de OLGA GIL GIL la sustitución de la pensión que dejó causada JESÚS MARÍA OSPINA SÁNCHEZ q.e.p.d., en calidad de compañera permanente supérstite del causante, desde su fallecimiento el 9 de julio de 2009, en cuantía inicial de \$1.045.003 (fl. 20 a 21 del archivo 04 del expediente digital).

En el escenario descrito, dice la norma que cuando existe cónyuge con sociedad conyugal no disuelta y compañera permanente que disputan el derecho a suceder al causante, como ocurre en el caso bajo estudio, la pensión se debe dividir entre ellas en forma proporcional al tiempo de convivencia que cada una hubiera mantenido con el fallecido durante toda su vida, si dentro de los (5) cinco años anteriores a la muerte el pensionado mantuvo convivencia simultánea con la cónyuge y la compañera permanente con derecho a sucederlo [por haber convivido con él más de 5 años]; o si dentro de los cinco años anteriores a la muerte el afiliado o pensionado mantuvo convivencia exclusiva con la compañera permanente, pero con la cónyuge subsiste la sociedad conyugal y convivió con ella por lo menos 5 años en cualquier época (sentencia SL del 5 de junio de 2012, radicado No. 42631).

CALIDAD DE BENEFICIARIA DE ISABEL RAMÍREZ OSPINA

Durante el trámite de la audiencia de pruebas, se practicó el **interrogatorio de parte** a la demandante, quien indicó que fue la primera esposa de JESÚS MARÍA OSPINA SÁNCHEZ q.e.p.d., y por ello, cree tener derecho a la mitad del derecho pensional. Sobre el requisito de convivencia, afirmó que vivió con el causante de manera permanente desde el 22 de diciembre de 1958, durante 10 o 13 años, hasta que su esposo ocupó el cargo de visitador en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en el cual tenía que viajar fuera de la ciudad de Bogotá con mayor periodicidad, pero advirtió que su esposo regresaba a la casa durante 3 o 4 días al mes y la

llamaba con frecuencia, lo que ocurrió durante 10 años, pues después no regresó a la casa, pero sí se mantuvo el contacto telefónico. Refirió que nunca se divorció del causante, y explicó que no reclamó el derecho pensional en su momento dado que, para la fecha del fallecimiento, ella se encontraba en Ecuador celebrando el grado y cumpleaños de una sobrina.

Se recibió el testimonio de **Sandra Marcela Ospina Ramírez**, hija de la demandante y el causante, quien afirmó que sus padres convivieron de forma permanente en la casa que adquirieron en el barrio Teusaquillo de Bogotá, y cuando cumplió la edad de 11 años en 1973, su progenitor comenzó a viajar con mayor frecuencia y a demorarse más en retornar a Bogotá, pero siempre volvía a la casa. Explicó que, si bien conoció de la existencia de una relación con OLGA GIL GIL y el causante, y que ellos procrearon dos hijos en la ciudad de Barranquilla, sus padres nunca se divorciaron, y su progenitor venía a la ciudad de Bogotá y se veía con su mamá seguido. Además, hizo énfasis en que vivió en casa de sus padres hasta los 16 años, y que tenía poco contacto con su padre.

Así las cosas, resulta claro para la Sala que ISABEL RAMÍREZ DE OSPINA y JESÚS MARÍA OSPINA SÁNCHEZ q.e.p.d. vivieron de manera permanente e ininterrumpida desde que contrajeron matrimonio, y que el requisito de convivencia se rompió cuando comenzó el causante comenzó su relación sentimental con OLGA GIL GIL, lo que ocurrió el 20 de enero de 1971, conforme la declaración extrajudicial rendida por el causante y OLGA GIL GIL el 12 de febrero de 2003 (fl. 22 del archivo 04 del expediente digital), fecha que coincide con las declaraciones rendidas por la demandante y su hija sobre la época en la que el causante comenzó a viajar y a permanecer lejos de casa durante lapsos de tiempo más extensos.

Si bien, la demandante refirió en su declaración que el causante siempre volvía a su casa en Bogotá y que el hecho de sus viajes no cambió la relación de esposos que ellos tenían, lo cierto es que no se aportaron pruebas idóneas que den cuenta de convivencia entre la pareja de esposos después de que el causante inició su relación con OLGA GIL GIL en el año 1971, pues conforme lo indicó la testigo SANDRA MARCELA OSPINA RAMÍREZ, ella se fue de la casa cuando aún era muy joven y tuvo una relación distante con su progenitor. De todas formas, resulta contradictorio que la demandante indique que se mantuvo la relación de esposos, pero expresara su desconocimiento sobre la época en la que el causante adquirió la pensión de vejez, y sobre si siguió o no laborando después de tener la calidad de pensionado.

Sobre el requisito de convivencia, es pertinente traer a colación la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la convivencia se debe demostrar claramente en el proceso, pues la pensión de sobrevivientes protege al núcleo familiar y estable que tenía el fallecido al momento de la muerte (pensionado o afiliado) y no a otras personas, por lo que resulta necesario acreditar que existía dicho núcleo familiar, con vocación de permanencia, o comunidad de vida estable *“lo que excluye los encuentros pasajeros, casuales, esporádicos e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”* (sentencia SL 1399 de 2018, radicación 45779).

En ese orden, se encuentra acreditado el requisito de convivencia de ISABEL RAMÍREZ OSPINA con el causante entre el 22 de diciembre de 1958, cuando contrajeron matrimonio, y el 20 de enero de 1971, época en la que vale decir procrearon a sus 3 hijas (fls. 13 a 18 del archivo denominado *“EXP 2018-0658”* de la carpeta 01 del expediente digital), por lo que se cumple el requisito de 5 años de convivencia en cualquier tiempo para la cónyuge separada de hecho con sociedad conyugal vigente.

Cabe advertir, que la entidad demandada no aportó ninguna prueba para desvirtuar la existencia de convivencia entre la demandante y quien fue su esposo, durante 5 años en cualquier tiempo, pues además de que no aportó copia de la investigación que realizó para hacer una valoración sobre las conclusiones a las que llegó la entidad en sede administrativa, solo centró su argumentación en desvirtuar la existencia de convivencia durante los 5 años anteriores a la muerte.

CALIDAD DE BENEFICIARIA DE OLGA GIL GIL

Durante el trámite de la audiencia de pruebas, se practicó el **interrogatorio de parte** a la litisconsorte necesaria, quien indicó que conoció al causante cuando era visitador en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, entidad para la que ella también trabajaba, y que convivieron desde el 20 de enero de 1971 hasta su fallecimiento, además que cuando comenzaron su relación, su compañero le indicó que se estaba separando de su esposa. Advirtió que el causante no visitaba a su familia de Bogotá, pero que era posible que los llamaba por teléfono.

Se recibieron los testimonios de **Alexandra Margarita Gil** y **Diana Margarita Rocha Gil**, ambas sobrinas de la Littisconsorte, quienes indicaron que conocieron al causante desde muy pequeñas, prácticamente desde que tuvieron “*uso de conciencia*”, como el esposo de su tía OLGA GIL GIL. Además, indicaron que la pareja convivió en la ciudad de Barranquilla hasta su fallecimiento, y que procrearon dos hijos, situación de la que tienen conocimiento porque se visitaban constantemente durante planes familiares y en vacaciones, entre las ciudades de Barranquilla y de Cartagena, última ciudad donde viven sus abuelos.

Así las cosas, también se encuentra acreditada la convivencia de OLGA GIL GIL con el causante desde el 20 de enero de 1971, como ya se dijo, hasta el fallecimiento del causante, por lo que se cumple el requisito de 5 años anteriores al fallecimiento para la compañera permanente.

REDISTRIBUCIÓN MESADA PENSIONAL Y RETROACTIVO PENSIONAL

Como se conoce el proceso en apelación y consulta a favor de COLPENSIONES, y tanto la demandante como la litisconsorte necesaria, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia, advirtiendo que las beneficiarias del derecho no propusieron apelación frente a la proporción que definió la juez de primera instancia en favor de cada una, lo que impide a la Sala estudiar esta materia, por mandato del artículo 66 A del CPT y SS.

Cabe advertir que, si bien COLPENSIONES ha venido pagando el 100% de la prestación en favor de OLGA GIL GIL, la prestación se causa desde el deceso del causante, por lo que procede el pago efectivo del derecho pensional desde ese momento.

No obstante, para dar respuesta a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, la Sala se remite al contenido del artículo 5° de la Ley 1204 de 2008, norma que establece:

“ARTÍCULO 5o. TÉRMINOS PARA DECIDIR LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL DEFINITIVA. Si no se presentare controversia, la sustitución, de manera definitiva, se resolverá dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término del edicto emplazatorio. En caso de controversia se resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.

En caso de que los beneficiarios iniciales tuvieran que hacer compensaciones a los nuevos por razón de las sumas pagadas, así se ordenará en el acto jurídico y lo ejecutará la entidad pagadora.

Las compensaciones se harán descontando el valor correspondiente de las futuras mesadas” (subrayado fuera del original).

Sobre la norma transcrita, se pronunció recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1180-2022 para establecer que *“la compensación opera de pleno derecho y por ministerio de la ley, por tanto, no es necesario que medie orden judicial alguna que la habilite a recuperar los dineros cancelados sin causa, a través de esta figura”*.

Así las cosas, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia en cuanto dispuso el reconocimiento de la prestación a favor de ISABEL RAMÍREZ OSPINA en proporción del 23.81% de la mesada pensional y a favor de OLGA GIL GIL en proporción del 76.18% de la prestación, sobre 14 mesadas dado que la pensión otorgada al causante se causó antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

También se confirmará la decisión en cuanto concluyó la prescripción de las mesadas causadas por ISABEL RAMÍREZ DE OPSINA con anterioridad al 15 de mayo de 2015. Lo anterior, si se tiene en cuenta que el término de prescripción de las mesadas causadas a partir de ese momento se interrumpió con la reclamación administrativa enunciada en los antecedentes de la Resolución SUB 199528 de 27 de julio de 2018, que fue presentada el **15 de mayo de 2018**, (fl. 20 a 24 del archivo denominado *“EXP 2018-0658”* de la carpeta 01 del expediente digital), y teniendo en cuenta que la demanda se interpuso el **29 de noviembre de la misma anualidad** (página 40 del archivo denominado *“EXP 2018-0658”* de la carpeta 01 del expediente digital), reitera esta sala que acertó el *A quo* en su decisión. No obstante, dado que ello no quedó plasmado en la parte resolutive de la sentencia recurrida, para mejor proveer se hará la respectiva declaración en esta decisión.

Ahora, la Sala efectuó las operaciones aritméticas pertinentes para revisar en consulta a favor de COLPENSIONES el valor del retroactivo pensional adeudado a la demandante, y obtuvo una suma levemente inferior (\$29.584.399) a la que obtuvo la juez de primera instancia (\$30.239.495) por concepto de retroactivo pensional adeudado entre el 15 de mayo de 2015 y el 31 de agosto de 2021, lo que impone MODIFICAR la decisión en esta materia.

Además, se debe actualizar el valor del retroactivo pensional causado entre el 15 de mayo de 2015 y el 30 de septiembre de 2022, de conformidad con lo establecido

en el artículo 283 del CGP, el cual asciende a la suma de \$35.321.513, conforme se ilustra a continuación, sin perjuicio de las mesadas que a futuro se causen.

RETROACTIVO DE LA PROPORCIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES ADEUDADAS A ISABEL RAMÍREZ DE OSPINA ADEUDADAS ENTRE EL 15 DE MAYO DE 2015 Y EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2022					
AÑO	MESADA REAJUSTADA	INCREMENTO	PROPORCIÓN 23.81%	No. DE MESADAS	RETROACTIVO
2010	\$ 1.045.003	3,17%	\$ 248.815	PRESCRITAS	
2011	\$ 1.078.130	3,73%	\$ 256.703		
2012	\$ 1.118.344	2,44%	\$ 266.278		
2013	\$ 1.145.631	1,94%	\$ 272.775		
2014	\$ 1.167.857	3,66%	\$ 278.067		
2015	\$ 1.210.600	6,77%	\$ 288.244	9,5	\$2.738.317
2016	\$ 1.292.558	5,75%	\$ 307.758	14	\$4.308.612
2017	\$ 1.366.880	4,09%	\$ 325.454	14	\$4.556.358
2018	\$ 1.422.785	3,18%	\$ 338.765	14	\$4.742.713
2019	\$ 1.468.030	3,80%	\$ 349.538	14	\$4.893.531
2020	\$ 1.523.815	1,61%	\$ 362.820	14	\$5.079.485
2021	\$ 1.523.815	5,62%	\$ 362.820	9	\$3.265.383
2021	\$ 1.548.348		\$ 368.662	5	\$1.843.309
2022	\$ 1.635.366		\$ 389.381	10	\$3.893.806
				a 31 de agosto de 2021	\$29.584.399
				a 30 de septiembre de 2022	\$35.321.513

Cabe advertir que, COLPENSIONES se encuentra autorizada para deducir de las mesadas pensionales los aportes que corresponden al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, obligación que opera por ministerio de la ley, sin que resulte necesaria una declaración judicial que así lo imponga, tal como lo precisó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia SL 2731 de 2021, radicación No. 83565).

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

SIN COSTAS en esta instancia por las resultas del proceso.

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: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021 por el Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito

de Bogotá D.C., para establecer que el retroactivo pensional adeudado a ISABEL RAMÍREZ DE OSPINA entre el 15 de mayo de 2015 y el 30 de septiembre de 2022, asciende a la suma de \$35.321.513, sin perjuicio de las mesadas pensionales que se causen a futuro.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **QUINTO** de la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021 por el Juzgado 2° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., en cuanto declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada COLPENSIONES, para **DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** sobre las mesadas causadas entre el 9 de julio de 2009 y el 14 de mayo de 2015.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021 por el Juzgado 2° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C.

CUARTO: SIN COSTAS en la apelación.

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. 11001310502720180065801)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310502720180065801)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502720180065801)

[27-2018-00658-01](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 09-2019-00288-01

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

DEMANDANTE: EDGAR ALBERTO MORALES GUTIÉRREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR S.A., y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 9 Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de abril de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las demandadas COLPENSIONES, y PORVENIR S.A. presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 19 de julio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **EDGAR ALBERTO MORALES GUTIÉRREZ** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. como aparece a folios 32 a 72 del archivo A2 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad del traslado del régimen pensional efectuado por EDGAR ALBERTO MORALES GUTIÉRREZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que siempre ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida

2. como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los aportes efectuados en el régimen de ahorro individual con solidaridad con sus respectivos rendimientos

3. que se ordene a COLPENSIONES recibir como afiliado al demandante, junto con los valores correspondientes a los aportes y rendimientos remitidos por PORVENIR S.A., y que en caso de que la exigencia de equivalencia de ahorro no sea cumplida con dichos valores le otorgue al demandante un plazo razonable para pagar la diferencia faltante.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda COLPENSIONES (archivo A4 de del expediente digital), y PORVENIR S.A. (fls. 1 a 24 del archivo A8 del expediente digital), de acuerdo al proveído del 14 de febrero de 2022.

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

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 9 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 4 de abril de 2022; **DECLARÓ** la ineficacia del traslado que realizó el demandante entre el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 30 de diciembre de 1999; **CONDENÓ** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, frutos y rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones; **CONDENÓ** a COLPENSIONES a recibir todos los valores que le fueren trasladados por PORVENIR S.A. y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las semanas correspondientes; **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **CONDENÓ** en costas

a PORVENIR S.A.; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación contra la decisión en los siguientes términos:

Respecto a la ineficacia del traslado

Indicó que con la suscripción del formulario de afiliación el demandante aceptó las condiciones en las cuales fueron administrados sus aportes pensionales durante más de 20 años, tiempo en el cual nunca presentó ninguna inconformidad, aunado a ello, aseguró que su entidad cumplió a cabalidad con la normatividad que se encontraba vigente para la época en la que se realizó el traslado del demandante, dado a que tan solo con la expedición del decreto 2241 del año 2010 nació la obligación en cabeza de las administradoras de realizar la asesoría con información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de los potenciales afiliados, criterio que aseguró fue establecido por la Superintendencia Financiera en sus conceptos 2017056668001 del 12 de junio de 2017 y el 2015123910 del 29 de diciembre de 2015, siendo este y el hecho de que el demandante le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima para la pensión, los motivos por los cuales no procede la ineficacia pretendida

Frente a los gastos de administración y primas de seguros

Manifestó que los rublos correspondientes a los gastos de administración son descontados por disposición del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, norma que establece la distribución del ingreso realizado por concepto de aporte del afiliado, y en el que se establece que el 3% debe ser destinado al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración y primas de seguro, por lo que ordenar su devolución resulta ser una medida desproporcionada con su entidad.

Por su parte **COLPENSIONES** también interpuso apelación contra la decisión, argumentando que no debe pasarse por alto que el demandante guardó silencio por casi 20 años respecto a la poca información que le fue proporcionada por PORVENIR en el año 1999, lo que a su parecer denota un abandono respecto de su situación pensional, situación que asegura fue aceptada por el demandante al

rendir su interrogatorio de parte, prueba de la que indicó el actor aceptó que efectuó el traslado de régimen de manera libre y voluntaria.

Aunado a ello, adujo que el demandante no contaba con una expectativa legítima de pensión al momento del traslado por no estar inmerso en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que del material probatorio allegado no podía establecerse la falta de asesoría alegada en la demanda, al contrario resalta la falta del demandante a su deber de diligencia cuidado como consumidor financiero establecida en el artículo 4 del decreto 2241 de 2010, por lo que no debieron recaer responsabilidades solo en las aquí demandadas, además que, conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia debe demostrarse la existencia de un vicio fuerza o dolo al momento de trasladar a un afiliado e inclusive verificar la calidad del demandante y estudiar cada caso particular, y en el presente caso estamos frente a un afiliado que para el momento del traslado era un profesional, por lo que no carecía de la capacidad para ilustrarse y asesorarse mejor.

Finalmente enunció que la Corte Constitucional ha sido enfática en indicar la importancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, con miras a evitar la descapitalización del RPM para no afectar las garantías de los afiliados que sí cotizaron a dicho régimen para adquirir un beneficio pensional.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y 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 **EDGAR ALBERTO MORALES GUTIÉRREZ** el día 30 de diciembre de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso, que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 30 de diciembre

de 1999 con fecha de efectividad del 1 de febrero de 2000, y posteriormente se trasladó a la AFP HORIZONTE el día 23 de abril de 2001 con fecha de efectividad del 1 de junio de 2001, y finalmente retornó a la AFP PORVENIR S.A. el día 30 de mayo de 2003 con fecha de efectividad del 1 de julio de 2003 (fl. 26 archivo A8 del expediente digital), aclarando que, la AFP HORIZONTE fue absorbida a la demandada PORVENIR S.A. mediante fusión.

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 aportaron **COLPENSIONES**: Expediente administrativo, e historia laboral, la **AFP**

PORVENIR S.A.: Historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, certificado de afiliación del demandante, Formularios de solicitud de afiliación, historia laboral para bono pensional emitida por el Ministerio de hacienda y Crédito Público, certificado SIAFP, concepto de la superintendencia financiera, y comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 de diciembre de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el 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 en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del asesor, 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.

Aclarando que, del interrogatorio de parte realizado al 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 30 de diciembre de 1999, el demandante tenía 974.14 semanas (historia laboral de Colpensiones que obra archivo pdf denominado “GRP-SCH-HL” de la carpeta B2 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 36 años (nació el 16 de enero de 1958 fl 1 a 2 archivo A2 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2020 (precisando que para el 7 de octubre de 2021, fecha de expedición de la Historia

laboral emitida por PORVENIR S.A. que obra en los fls 35 a 42 del archivo A8 del expediente digital, el demandante había cotizado 2039 semanas); y en el RAIS, para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida.

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 PORVENIR S.A., el 30 de diciembre de 1999, la cual lo 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 el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo 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, en la que se adoctrinó:

(...) 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, 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.”

Ahora se halla razón al *A quo* respecto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES, esto, dado a que 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, debe indicarse que 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.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, respecto a **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **EDGAR ALBERTO MORALES GUTIÉRREZ** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el **30 de diciembre de 1999.**

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, 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 del actor 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 COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., 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 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: CONFIRMAR la sentencia proferida 4 de abril de 2022 por el Juzgado 9 Laboral el Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., 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



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Edgar Alberto Morales Gutiérrez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**009-2019-00288-01**

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: **fc5e8163294488c190b2b56b26fee2eadf6cf49131696c246f277bd14b247e06**

Documento generado en 02/12/2022 05:10:57 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 36-2020-00092-01

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

DEMANDANTE: **GLADYS SALAZAR VILLEGAS**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
PROTECCIÓN S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADAS
(COLPENSIONES, 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, y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de junio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 28 de julio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **GLADYS SALAZAR VILLEGAS** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A. como aparece a en el archivo 01 de la carpeta 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó la demandante del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., y las posteriores afiliaciones o vinculaciones en el RAIS.

2. como consecuencia de la anterior declaración se condene PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, en proporción al tiempo de permanencia de la demandante en su entidad.

3. Que se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los valores cobrados por concepto de gastos de administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante en proporción al tiempo que estuvo vinculada

4. Que se ordene a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el régimen pensional que administra, junto con todas las cotizaciones efectuadas y actualice su historia laboral.

5. Que se condene en costas y agendas de derecho.

6. y se condene en Ultra y Extra petita

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda **COLPENSIONES** (archivo 02 de la carpeta 10 del expediente digital), **PROTECCIÓN S.A.** (fl. 01 a 17 del archivo 02 de la carpeta 06 del expediente digital), de acuerdo a los proveídos del 26 de octubre de 2021 y 21 de enero de 2022,

Respecto de **PORVENIR S.A.** el juzgado de primera instancia tuvo por no contestada la demanda en auto del 26 de octubre de 2021

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

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 29 de junio de 2022; **DECLARÓ** la ineficacia del traslado efectuado por la señora GLADYS SALAZAR VILLEGAS del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el día del 1 de noviembre de 1999, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.; **ORDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. a normalizar la afiliación de la actora en el sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a COLPENSIONES, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración, comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, de forma indexada; **ORDENÓ** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación, por concepto de gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, de forma indexada; **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir los aportes e imputarlos en la historia laboral; **DECLARÓ** no probada la excepción de prescripción; y **CONDENÓ** en costas a las demandadas COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, el cual argumento así:

De la ineficacia del traslado

Manifestó que si bien conoce el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en el tema de ineficacia de traslado, la alta corte también ha establecido que no es dable aplicarlo de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia por incumplimiento del deber de información, pues debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que a

su criterio no se presenta en el asunto bajo estudio, ya que aseguró que la demandante realizó válidamente su traslado de régimen de manera voluntaria sin presiones e informada, de conformidad con la normativa vigente para el año 1999, la cual aclaró no es la misma que se solicita en la demanda.

Aunado a lo anterior, indicó que las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS están establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la demandante pudo validar en cualquier tiempo las condiciones que estaba ofreciendo porvenir en ese momento, ya que cuenta con capacidades académicas y profesionales que le permitían inferir las diferentes leyes que expide el estado colombiano.

Adujo además, que no deben desconocerse las confesiones que realizó la demandante al momento de rendir su interrogatorio de parte, en el cual aceptó haber recibido en debida forma la información necesaria para su traslado, situación por la que suscribió el formulario de afiliación.

De la devolución de gastos de administración, seguros previsionales, fondo de garantía y la condena en costas

Manifestó que la destinación realizada a los dineros correspondientes a los gastos de administración, seguros previsionales y al fondo de garantía, es por mandato legal, siendo esta la razón por la que se realizaron los descuentos de los aportes durante la vinculación de la demandante, y dichas sumas ya fueron invertidas por lo que no se encuentran en poder de la AFP, además, que la orden de devolución resulta improcedente, conforme al concepto emitido de la superintendencia financiera de Colombia la cual indica que con el traslado de régimen los recursos debe realizarse conforme al decreto 3995 de 2008

Finalmente aseguró, que al no existir argumentos para declarar la ineficacia de traslado, y que la vinculación de la demandante goza de plena validez no debe condenarse en costas a su entidad

Por otra parte, la demandada **COLPENSIONES** interpuso apelación contra la decisión, argumentando que pese a ser obligación de la parte demandante demostrar sus pretensiones, dentro del proceso no se acreditó la falta o incumplimiento del deber de información o la existencia de vicios de consentimiento que justifique invalidar el traslado de régimen efectuado por la demandante para el

año 1999, por el contrario, se demostró que el fondo sí cumplió con el deber de información que se exigía para la época del traslado, ya que dicho deber de asesoría ha venido evolucionando con el paso del tiempo y para la época del traslado no era imperativo realizar proyecciones pensionales debido a que las prestaciones que reconoce el RAIS, varían de acuerdo a los aportes de los afiliados, las variables del IBL, al tipo de rendimientos y demás fluctuaciones del mercado.

Indicó que del interrogatorio de parte practicado a la demandante, se puede evidenciar que sí recibió una asesoría oportuna completa respecto de las características, beneficios ventajas y desventajas de vincularse al régimen privado de pensiones, lo que implica que la actora para el momento del traslado conocía las diferencias entre los regímenes, y las consecuencias de permanecer en el RAIS.

Aunado a lo anterior, aseguró que ninguna de las demandadas ha ejercido acciones u omisiones tendientes a afectar derechos prestacionales de la demandante, la cual indicó no era beneficiaria del régimen de transición y esta inmersa en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 al estar a menos de 10 años de cumplir la edad mínima de pensión, además, que al ser la actora consumidora de servicios financieros se rige bajo el estatuto de protección al consumidor financiero, por lo que debía procurar asesorarse de manera oportuna y por voluntad propia para así trasladarse de régimen pensional.

No obstante a 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 **GLADYS SALAZAR VILLEGAS** el día 23 de septiembre de 1999; **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 23 de septiembre de 1999 con fecha de efectividad del 1 de noviembre de 1999, y posteriormente vincularse a la AFP HORIZONTE S.A. el 21 de agosto de 2001 con fecha de efectividad del 1 de octubre de 2001 y el 14 de septiembre de 2005 con fecha de efectividad del 1 de noviembre de 2005, a la AFP ING S.A. el 2 de mayo de 2002 con fecha de efectividad del 1 de julio de 2002, y el 21 de abril de 2009 con fecha de efectividad del 1 de junio de 2009, para finalmente trasladarse a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 31 de diciembre de 2012 con fecha de efectividad del 31 de diciembre de 2012 (fl 50 del archivo 02 de la carpeta 06 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 válido 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 presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo, e historia laboral. **AFP PROTECCIÓN S.A.:** Pantallazo estado de la cuenta de la demandante, Reporte estado de cuenta, Historia válida para bonos pensionales, Certificado de traslados SIAFP, formulario de vinculación, Historia laboral consolidada, concepto de la superintendencia, y comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 23 de septiembre de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por 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 en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del asesor, 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.

Aclarando 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 23 de septiembre de 1999, la demandante tenía 213,86 semanas (historia laboral de Colpensiones que obra archivo pdf

denominado “GRP-SCH-HL-6655444” de la subcarpeta 03 de la carpeta 07 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 13 de noviembre de 1959 fl 20 archivo 02 carpeta 01 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2016 (precisando que para el 10 de noviembre de 2020, fecha de expedición de la Historia laboral emitida por PROTECCIÓN S.A. que obra en los fls 18 a 26 del archivo 02 de la carpeta 06 del expediente digital, la demandante había cotizado 1462,29 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 el apelante, 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 23 de septiembre de 1999, 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, 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.”

Ahora se halla razón al *A quo* respecto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES, esto, dado a que 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, debe indicarse que 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.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en lo que respecta a **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **GLADYS SALAZAR VILLEGAS** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el 23 de septiembre de 1999, lo mismo que el traslado posterior.

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 PRIMERA INSTANCIA:

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo, máxime si se trata de un tema reiterado, razón por la cual no hay lugar a variar la condena en costas fijadas en primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorables los recursos de las apelantes, 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 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: CONFIRMAR la sentencia proferida día 29 de junio de 2022 por el Juzgado 36 Laboral el Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., 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



Aclaró voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

[36-2020-00092-01](#)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Gladys Salazar Villegas
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**036-2020-00092-01**

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: **00decdf32771511a1edfa961df294843125683a01035b7e6f587f4ebed95b16a**

Documento generado en 02/12/2022 05:10:55 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 31-2021-00135-01

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

DEMANDANTE: YESID LEÓN VANEGAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
COLFONDOS S.A.
PORVENIR S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.) //
CONSULTA COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata los recursos de apelación de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de febrero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 28 de julio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **YESID LEÓN VANEGAS** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A. como aparece

a folios 6 a 21 del archivo 001 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. ante la omisión del deber de informar al demandante de manera clara completa y veraz las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensión.

2. DECLARAR la ineficacia de los subsiguientes traslados entre administradoras, por la ineficacia del traslado inicial, y como consecuencia se declare que siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad

3. Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos financieros, y devolución de los gastos de administración que han descontado durante todo el tiempo en que dichas sumas estuvieron en poder de las administradoras.

4. se ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación del señor **YESID LEÓN VANEGAS** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibir los aportes y rendimientos devueltos por la AFP COLFONDOS S.A., y actualizar y corregir la historia laboral

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

6. y se condene en Ultra y Extra petita

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda COLPENSIONES (fls. 2 a 18 del archivo 010 del expediente digital), COLFONDOS S.A. (fls. 2 a 20 del archivo 008 del expediente digital), y PORVENIR S.A. (fls. 2 a 36 del archivo 009 del expediente digital), de acuerdo al proveído del 14 de abril de 2021.

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

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 22 de febrero de 2022; **DECLARÓ** la ineficacia de traslado de régimen realizado por YESID LEÓN VANEGAS del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad, teniendo al demandante como válidamente afiliado en el Régimen De Prima Media Con Prestación Definida; **CONDENÓ** a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar a COLFONDOS S.A. la totalidad de sumas de dinero que descontó de los aportes realizados por el demandante por concepto de gastos de administración y seguros; **CONDENÓ** a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió por concepto de aportes del demandante junto con sus intereses y frutos civiles, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración o seguros, además de trasladar las sumas de dinero que como consecuencia de esta sentencia le traslade PORVENIR a COLFONDOS, sumas de dinero que deberán ser trasladadas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; **CONDENÓ** a COLPENSIONES a recibir al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen; **CONDENÓ** en costas a las demandadas PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES** interpuso apelación contra la decisión solicitando que se absuelvan a las demandadas, argumentando que:

El demandante no tiene derecho al reintegro al régimen de prima media dado a que se encuentra inmerso en la imposibilidad legal de trasladarse entre regímenes establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 por encontrarse dentro de un margen menor a 10 años para adquirir la categoría de pensionados.

Aunado a lo anterior, aseguró que del interrogatorio de parte practicado no se observan que se hayan presentado vicios de consentimiento, ni la ausencia de información para la época en que suscribió el traslado inicial a porvenir, agregando

además que debe considerarse el margen de tiempo en el que estuvo vinculado al RAIS, el cual da una señal nítida y clara de su intención de permanecer bajo la cobertura de ese sistema.

Por su parte la demandada **PORVENIR S.A.** apelo la decisión, indicando que la declaratoria de ineficacia del traslado afecta el principio fundamental de confianza legítima que nace de la suscripción del formulario de afiliación en el año 1997, formulario que era el documento válido que se exigía para determinar la procedencia de la vinculación y acreditar la ratificación de la voluntad del demandante para ser parte del RAIS, documento que aseguró no fue tachado de falso, ni se presentó solicitud de revocatoria o retracto y cumplía con las exigencias del artículo 11 del decreto 692 de 1994

Adujo que el hecho de que el demandante haya realizado un traslado horizontal a la AFP Colfondos en el año 2000, y haber permanecido por más de 20 años en el régimen generando aportes y siendo beneficiario de los rendimientos que genero su cuenta de ahorro individual, remarca su voluntad de permanecer en el RAIS.

Indico que el deber de información sí fue cumplido por su entidad, ya que la asesoría que se le brindó al demandante fue de carácter verbal sin que puedan aplicarse exigencias del cambio normativo al ser posteriores a la vinculación, pues aseguró no existía norma que para la época del traslado exigiera que las asesorías se generaran de manera documental.

Manifestó que no debe ordenarse la devolución de los conceptos de gastos a administración y pago de seguros, en la medida a que con la afiliación del demandante, se creó una cuenta de ahorro individual, la cual fue debidamente administrada por porvenir tal como se desprende del certificado de movimientos en el que se certifican los rendimientos que favorecieron el capital de su cuenta, la que además fue cobijada con pólizas de terceros ajenos de buena fe, que hoy con la condena se encuentran afectados, pues el 3% del que habla el artículo 20 de la ley 100 de 1993, se destina tanto a gastos de administración como a un porcentaje para las contingencias de invalidez y sobrevivencia.

Finalmente indicó que los gastos de administración no van a financiar ninguna mesada pensional del demandante, por lo que remitirlos a Colpensiones generaría

que esta última se enriqueciera sin justa causa, por demás que tal concepto es susceptible de la prescripción, por lo cual solicita la aplicación de dicha figura.

A su turno la demandada **COLFONDOS S.A.** solicitó la revocatoria parcial de la sentencia recurrida, en lo que respecta a la orden de devolución de las primas de seguros, toda vez que además de que el 3% descontado como comisión de administración se hace por disposición legal, y su entidad no tienen en su poder esos recursos, no fue dispuesto dentro de la fijación en el litigio la devolución de dineros que estuvieran en poder de terceros que ni siquiera fueron vinculados al proceso violándose así su derecho a la defensa y contradicción.

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 **YESID LEÓN VANEGAS** el día 13 de noviembre de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP COLFONDOS S.A., y los demás fondos en que estuvo afiliado, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 13 de noviembre de 1997, y posteriormente solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS el día 28 de diciembre de 1999 (fl. 82 del archivo 009 y fl 9 del archivo 022 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 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, e historia laboral, la **AFP PORVENIR S.A.** aportó: Formulario de afiliación, SIAF, constancia de traslado de aportes, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, concepto de la superintendencia 2015, comunicado de prensa; y la **AFP COLFONDOS** aportó: Estado de cuenta del demandante, formulario de afiliación, e historia laboral.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 13 de noviembre de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el 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 en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del asesor, 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 en los recursos, del interrogatorio de parte realizado al 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 13 de noviembre de 1997, el demandante tenía 540.71 semanas (historia laboral de Colpensiones que obra en la carpeta denominada “CC-19419643” del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 18 de octubre de 1960 fl 22 archivo 001 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2022 (precisando que para el 7 de julio de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral emitida por COLFONDOS S.A. que obra en los fls 10-16 del archivo 022 del expediente digital, el demandante había cotizado más de 1495.86 semanas); en cambio en el RAIS para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida.

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 el apelante, 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 PORVENIR S.A., el 13 de noviembre de 1997, la cual lo 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 el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo 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, 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 esta. 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.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en lo que respecta a **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **YESID LEÓN VANEGAS** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el 13 de noviembre de 1997.

No obstante a lo anterior, esta Sala de decisión observa que en la parte resolutive de la sentencia, el Juez de primera instancia ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a remitir los dineros correspondientes a las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguros a la AFP COLFONDOS, para que esta última remita los mismos a COLPENSIONES, situación que a ojos de esta Corporación resulta innecesaria dado a que supedita el pago de dichos valores a un movimiento adicional, cuando la AFP PORVENIR puede realizar el traslado de los dineros directamente a la administradora del Régimen de Prima Media, por tal motivo y en aras de facilitar el cumplimiento de las órdenes dadas en esta decisión en caso de quedar en firme, se **MODIFICARAN** los ordinales SEGUNDO Y TERCERO, para que la demandada PORVENIR S.A. remita los dineros ordenados directamente a COLPENSIONES

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 el recurso de las apelantes COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., 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 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: MODIFICAR los ordinales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia proferida 22 de febrero de 2022 por el Juzgado 31 Laboral el Circuito de Bogotá, de conformidad a la parte motiva de esta sentencia, los cuales quedaran así:

*“**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que descontó de los aportes realizados por el demandante por concepto de gastos de administración, seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.*

***TERCERO: CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió por concepto de aportes del demandante junto con sus intereses y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, seguros previsionales, o aportes para el fondo de garantía de pensión mínima”*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida 22 de febrero de 2022 por el Juzgado 31 Laboral el Circuito de Bogotá

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., 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



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

[31-2021-00135-01](#)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Yesid León Vanegas
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**031-2021-00135-01**

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: **41b8a710f5a00426c6b50c7ef46cf9aa7022584e271ab071e4f10384dcc27d13**

Documento generado en 02/12/2022 05:10:55 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 24-2020-00335-01

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

DEMANDANTE: JAIRO ANTONIO GARCÍA SUESCA
DEMANDADO: COLPENSIONES
COLFONDOS S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de julio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y la demandada Colpensiones presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 28 de julio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JAIRO ANTONIO GARCÍA SUESCA** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS S.A., como aparece a folios 3 a 21 del archivo 01 del expediente digital, y subsanación de demanda debidamente

sustentada (fl.6 a 25 del archivo 03 del expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad de la afiliación efectuada por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad realizada el mes de noviembre de 1994 por intermedio de la AFP COLFONDOS S.A., toda vez que fue realizado, induciéndole al error viciando su consentimiento
2. como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado.
3. se ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de **JAIRO ANTONIO GARCÍA SUESCA** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y mantenerlo sin solución de continuidad
4. Que se condene a las demandadas en las costas y agendas de derecho, derivadas del proceso.
5. y se condene en Ultra y Extra petita

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda COLPENSIONES (fls. 5 a 32 del archivo 09 del expediente digital), COLFONDOS S.A. (fls. 3 a 20 del archivo 05 del expediente digital), de acuerdo al proveído del 6 de julio de 2022.

COLFONDOS S.A., y COLPENSIONES, se oponen a las pretensiones de la demanda y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 14 de julio de 2022; **DECLARÓ** la ineficacia de afiliación que hizo el señor JAIRO ANTONIO GARCÍA SUESCA al RAIS a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., el 8 de noviembre de 1994; **DECLARÓ** que el demandante nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; **CONDENÓ** a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, los rendimientos que se hubieren causado, junto con los conceptos o valores que haya deducido por gastos de administración de los aportes efectuados por el actor; **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir al demandante como afiliado, y actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que traslada COLFONDOS S.A.; **DECLARÓ** no probadas las excepciones; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso apelación contra la decisión solicitando que se absuelvan a las demandadas, argumentando que:

El demandante no solo se encuentra inmerso en la imposibilidad legal de trasladarse entre regímenes establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sino que además no es beneficiario del régimen de transición, por lo que tampoco podrían aplicársele el criterio expuesto en las sentencias SU062 de 2010 y SU130 de 2013, para que pueda trasladarse en cualquier tiempo.

Agregó, que la juez erró al aplicar de manera automática la inversión en la carga de la prueba, ya que sin desconocer el criterio jurisprudencial la H Corte Suprema de Justicia ha establecido que para su aplicación debe analizarse cada caso en particular, señalando que con las pruebas recaudadas en el presente proceso, se logró establecer que no hubo una omisión de información para la época del traslado, dado a que el demandante conto con la posibilidad de leer el contenido del formulario de afiliación en el que estaba la totalidad de la información que debía suministrarse para dicha data.

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 COLFONDOS S.A., efectuado por **JAIRO ANTONIO GARCÍA SUESCA** el día 8 de noviembre de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP COLFONDOS S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la COLFONDOS S.A. el 8 de noviembre de 1994 (fl 109 del archivo 01 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 válido 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, e historia laboral. Y la **AFP COLFONDOS aportó:** un comunicado de prensa emitido por el Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 8 de noviembre de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el 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, y 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 al 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 8 de noviembre de 1994, el demandante tenía 170 semanas (fl.105-108 archivo 01 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 24 de enero de 1959 fl 98-99 archivo 01 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2021 (precisando que para el 29 de julio de 2020, fecha en que se realizó el cálculo de proyección pensional emitido por COLFONDOS S.A. que obra en los fls 138-140 del archivo 01 del expediente digital, el demandante había cotizado más de 1174.72 semanas); en cambio en el RAIS para obtener una pensión 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 el apelante, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

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

De 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 COLFONDOS S.A., el 8 de noviembre de 1994, la cual lo 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 el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la

declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)

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 esta. 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 el señor **JAIRO ANTONIO GARCÍA SUESCA** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP COLFONDOS S.A., el 8 de noviembre de 1994.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorables el recurso de la apelante COLPENSIONES, habrá lugar a condenarla 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, 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de julio de 2022 por el Juzgado 24 Laboral el Circuito de Bogotá

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502420200033501)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310502420200033501)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502420200033501)

[24-2020-00335-01](#)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Jairo Antonio García Suesca
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**024-2020-00335-01**

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: **a8fd583752918277a9140af41e6a07a5dbd46d67e39237e64a3af88caaac8b55**

Documento generado en 02/12/2022 05:10:56 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 23-2021-00138-01

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

DEMANDANTE: **CESAR AUGUSTO FERRO CORTES**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
PROTECCIÓN S.A.
COLFONDOS S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23 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.

Las demandadas COLPENSIONES, y PORVENIR presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 19 de julio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **CESAR AUGUSTO FERRO CORTES** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A. como aparece a folios 1 a 22 del archivo pdf en la carpeta 01

del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la ineficacia de la afiliación realizada por CESAR AUGUSTO FERRO CORTES del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por las AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP COLFONDOS S.A.
2. como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a las AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a liberar de sus bases de datos al demandante y devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de su afiliación, siendo estas, cotizaciones, bonos pensionales sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., junto con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones.
3. que se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado y afilie nuevamente al demandante al régimen de prima media con prestación definida.
4. Que se condene a las demandadas en las costas y agendas de derecho, derivadas del proceso
5. y se condene en Ultra y Extra petita

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda COLPENSIONES (1 a 19 archivo pdf denominado "*ContestacionDemanda_pagenunder*" de la carpeta 07 del expediente digital), PORVENIR S.A. (fls. 1 a 19 del archivo pdf de la carpeta 06 del expediente digital), y COLFONDOS (fls. 1 a 14 del archivo pdf de la carpeta 05 del expediente digital) de acuerdo al proveído del 30 de marzo de 2022, providencia en cual también se tuvo por no contestada la demanda por parte de la demandada PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 2 de mayo de 2022; **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada **PROTECCIÓN S.A.** y por ende a **COLFONDOS S.A.**, por lo que el demandante se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida; **CONDENÓ** a la demandada **PROTECCIÓN S.A.** a devolver debidamente indexados a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido entre el 1 de abril de 2002 al 30 de junio de 2009 con motivo de la afiliación del demandante, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, autorizándolo para efectuar el descuento del dinero que transfirió a **COLFONDOS S.A.** con ocasión al traslado de fondo efectuado el 1 de julio de 2009; **CONDENÓ** a **COLFONDOS S.A.** a devolver debidamente indexados a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto.; **ABSOLVIÓ** a la demandada **PORVENIR S.A.** de todas las pretensiones; **CONDENÓ** en costas a la demandada **PROTECCIÓN S.A.**; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES** interpuso apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, argumentando que la simple mención de que el valor de la pensión a recibir en el RPM pueda resultar superior al que recibiría en el RAIS no constituye prueba de que cuando se realizó el traslado del demandante lo haya hecho movido por un engaño o una equivocada información suministrada por parte de los fondos, situación que se presenta en el proceso en el que aseguró no se logró demostrar que se haya dado una información equivocada o falsa al demandante.

Finalmente aseguro que para el año 2002, fecha del traslado, la administradora solo tenía la obligación de brindar la información de las condiciones al momento del traslado, por lo tanto, no hay lugar a la ineficacia solicitada pues lo que existió fue un desinterés y descuido del demandante el cual decidió seguir cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 20 años

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 S.A., efectuado por **CESAR AUGUSTO FERRO CORTES** el día 11 de febrero de 2002; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PROTECCION S.A. y la AFP COLFONDOS S.A., devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso, que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 11 de febrero de 2002 con fecha de efectividad del 1 de abril de 2002 (archivo pdf de la carpeta 13 del expediente digital), y posteriormente se trasladó a la AFP COLFONDOS el día 29 de mayo de 2009 con fecha de efectividad del 1 de julio de 2009 como se ratifica del formulario de afiliación y respuesta emitida por COLFONDOS el 20 de noviembre de 2019 (fl 73 y 56 a 60 del archivo pdf de la carpeta 01 del expediente digital).

Además, pese a que el demandante suscribió formulario de afiliación ante PORVENIR S.A., dicha afiliación no fue concretada por lo que nunca estuvo vinculado ante dicha AFP (fl. 20-21 del archivo pdf de la carpeta 06 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 aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo, e historia laboral, la **AFP PORVENIR S.A.:** Formulario con anotación “*desafiliado*”, concepto de la superintendencia 2015, y comunicado de prensa, la **AFP COLFONDOS S.A.:** no aportó ninguna documental

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 11 de febrero 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 el 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 en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del asesor, 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.

Aclarando que, del interrogatorio de parte realizado al 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 11 de febrero de 2002, el demandante tenía 919,71 semanas (historia laboral de Colpensiones que obra a fls. 44 a 52 del archivo pdf denominado “ContestacionDemanda pagenumber” de la carpeta 07 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 36 años (nació el 22 de septiembre de 1958 fl 25 archivo pdf de la carpeta 01 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2020 (precisando que para el 20 de noviembre de 2019, fecha en que se realizó el cálculo de proyección pensional emitido por COLFONDOS S.A. en respuesta de derecho de petición que obra en los fls 56 a 60 del archivo pdf de la carpeta 01 del expediente digital, el demandante había cotizado 1824.28 semanas); y en el RAIS, para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida.

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 el apelante, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos

irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP ING S.A. hoy PROTECCIÓN 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 ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., el 11 de febrero de 2002, la cual lo 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 el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo 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, 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.”

Ahora se halla razón al *A quo* respecto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES, esto, dado a que 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, debe indicarse que 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.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, respecto a **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **CESAR AUGUSTO FERRO CORTES** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., el 11 de febrero de 2002.

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 del actor de régimen pensional, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante COLPENSIONES, habrá lugar a condenarla 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, 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: CONFIRMAR la sentencia proferida 2 de mayo de 2022 por el Juzgado 23 Laboral el Circuito de Bogotá

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

[23-2021-00138-01](#)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: César Augusto Ferro Cortés
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**023-2021-00138-01**

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: **b04642dc674bc6eb1ca7811f16a77624931c3f2a1029947524b281f2c083ea9c**

Documento generado en 02/12/2022 05:10:56 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 20-2021-00211-01

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

DEMANDANTE: NOHORA LUZ RINCÓN SÁNCHEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
COLFONDOS S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA COLPENSIONES
// CONSULTA COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y la demandada COLPENSIONES presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 17 de junio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **NOHORA LUZ RINCÓN SÁNCHEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP COLFONDOS S.A., como aparece a folios 52 a 64 del expediente digital, y subsanación debidamente sustentada (archivo 04 del

expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la ineficacia de la vinculación y/o afiliación de la señora **NOHORA LUZ RINCÓN SÁNCHEZ** del régimen de prima media con prestación definida al régimen ahorro individual con solidaridad efectuada a COLFONDOS S.A., recuperando todos los beneficios del régimen de prima media,
2. ORDENAR a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido 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.
3. Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada, llevando a cabo las acciones tendientes a agilizar el traslado del régimen pensional, así como recibir la totalidad de los aportes de esta.
4. Que se condene en costas y agendas de derecho.
5. y se condene en Ultra y Extra petita

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda COLPENSIONES (fl 3 a 38 del archivo 08 del expediente digital), COLFONDOS S.A. (fl 5 a 16 del archivo 07 del expediente digital), de acuerdo al proveído del 11 de mayo de 2022.

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

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 23 de mayo de 2022; **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora **NOHORA LUZ RINCÓN SÁNCHEZ** el 26 de octubre de 1994 a COLFONDOS S.A.; **DECLARÓ** como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES; **CONDENÓ** a la AFP

COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la demandante, junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales si los hubiere a su respectivo emisor; **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las demás pretensiones; **CONDENÓ** en costas a las demandadas y; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES** interpuso apelación contra la decisión, argumentando que, como la demandante no está inmersa en el régimen de transición no puede trasladarse entre regímenes pensionales al faltarle menos de 10 años para cumplir a la edad mínima de pensión, aunado a ello, indicó que con su mera permanencia en el RAIS saneo cualquier tipo de nulidad, la cual de existir debió solicitar su declaración dentro de los 4 años siguientes a la celebración del negocio jurídico afectado por la misma.

Por otra parte, indicó que tampoco es viable alegar una ineficacia, debido a que el negocio jurídico de traslado, fue realizado dentro de la ley, ya que la administradora del RAIS cumplió con los requisitos normativos para la época del traslado, y la demandante lo celebró por voluntad propia y con pleno uso de sus capacidades legales, por lo que no hay una lesión injustificada en su derecho a la seguridad social, máxime que su descontento solo radica la diferencia en el monto de la mesada pensional, la cual por la cantidad de factores que se necesitan para su cálculo no podía verificarse al momento del traslado, pues esta depende también del manejo que la afiliada dé a su cuenta de ahorro individual, asegurando que no debe avalarse el presunto desconocimiento del funcionamiento del RAIS, ya que en la permanencia en el mismo, la actora no cumplió con su deber de verificar y solicitar información para verificar su futuro pensional.

Adujo que no debió condenarse en costas a COLPENSIONES en atención a que por mandato constitucional los dineros del régimen de prima media únicamente pueden ser usados para pagos de mesadas pensionales y no deben ser utilizados para cualquier otro concepto, más cuando Colpensiones es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el traslado inicial entre la AFP y la demandante.

Finalmente indicó que, en caso de ratificar la orden de ineficacia de primera instancia, se acoja el criterio del órgano de cierre y se ordene a la totalidad de las AFP del RAIS devolver los gastos de administración.

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 COLFONDOS S.A., efectuado por **NOHORA LUZ RINCÓN SÁNCHEZ** el día 26 de octubre de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP COLFONDOS S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A. el 26 de octubre de 1994, (fl 3 del archivo 01 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 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 presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES**: Expediente administrativo, e historia laboral. **AFP COLFONDOS**: Pantallazos certificando el estado de la cuenta de la demandante, certificado de traslados SIAFP.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de octubre de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por 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 en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan su hoja de vida del asesor, 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.

Aclarando 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 26 de octubre de 1994, la demandante tenía 34.57 semanas (fl.39 a 42 archivo 08 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 26 años (nació el 24 de abril de 1968 fl 2 archivo 01 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2025 siempre y cuando para dicha anualidad cumpla con el mínimo de semanas requeridas (precisando que para el año 2021, anualidad en la que se allegó la contestación de la demanda por parte de COLFONDOS S.A. en la que incluyó la certificación del estado de cuenta de la demandante que obra en el folio 102 del archivo 07 del expediente digital, la demandante había cotizado 1261,43 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 el apelante, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores

por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

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

De 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 COLFONDOS S.A., el 26 de octubre de 1994, 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, 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.”

Ahora se halla razón al recurrente, en lo que refiere a que se debe emitir orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES, esto, dado a que 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 lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado, sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, en razón a ello, y en virtud a la apelación propuesta por COLPENSIONES, hay lugar a **REVOCAR** el ordinal QUINTO de la sentencia recurrida y en su lugar **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliada la demandante a su entidad, correspondientes a los

gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

De igual manera, debe indicarse que 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 **NOHORA LUZ RINCÓN SÁNCHEZ** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP COLFONDOS S.A., el 26 de octubre de 1994, lo mismo que el traslado posterior; y se adicionara conforme a lo expuesto.

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 PRIMERA INSTANCIA:

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivos, máxime si se trata de un tema reiterado, razón por la cual no hay lugar a variar la condena en costas fijadas en primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

SIN COSTAS en esta instancia por las resultas del proceso.

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 QUINTO de la sentencia proferida 23 de mayo de 2022 por el Juzgado 20 Laboral el Circuito de Bogotá, y en su lugar **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliada la demandante a su entidad, correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida 23 de mayo de 2022 por el Juzgado 20 Laboral el Circuito de Bogotá

TERCERO: SIN COSTAS en la apelación.

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 MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: NOHORA LUZ RINCÓN SÁNCHEZ
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**020-2021-00211-01**

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: **07cbc482e0f3f8c5f07bd41a90ee8342d82151ced953f3fb1b0f51f7da34fa2d**

Documento generado en 02/12/2022 05:10:56 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 20-2019-00752-01

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

DEMANDANTE: CIRO ANTONIO DUEÑAS RUIZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
COLFONDOS S.A.
PROTECCIÓN S.A.
PORVENIR S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR, COLFONDOS presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 17 de junio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **CIRO ANTONIO DUEÑAS RUIZ** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP COLFONDOS S.A., y PROTECCIÓN S.A. como aparece a folios 4 a 15 del archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare que las demandadas omitieron suministrar la información mínima, respecto a las condiciones económicas, jurídicas, financieras, actuariales y comparativas entre los dos regímenes pensionales existentes
2. Que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual realizadas por mi poderdante efectuada con la AFP COLFONDOS S.A. así como también el traslado al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A.
3. como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a las AFP COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los valores de aportes obligatorios, y rendimientos de la cuenta de ahorro individual, junto con el bono pensional e intereses sin que deduzcan costos administrativos o de fondo de solidaridad.
4. se ordene a COLPENSIONES a recibir la totalidad de los valores ordenados y actualice la historia laboral del demandante, teniendo en cuenta el detalle de la devolución de aportes que efectúe el RAIS.
5. Que se condene a las demandadas en las costas y agendas de derecho, derivadas del proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda COLPENSIONES (fls. 46 a 81 del archivo 01 del expediente digital), PROTECCIÓN S.A. (fls. 4 a 27 del archivo 08 del expediente digital), y COLFONDOS S.A. (fls. 4 a 18 del archivo 11 del expediente digital), de acuerdo a los proveídos del 24 de febrero de 2021, y 2 de noviembre de 2021.

En audiencia de fecha 17 de noviembre de 2021, el Juzgado de primera instancia vinculó a la AFP PORVENIR S.A. como litisconsorcio necesario, entidad que luego de ser notificada contestó la demanda (fls. 3 a 28 del archivo 17 del expediente digital)

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

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 19 de mayo de 2022; **DECLARÓ** la ineficacia de afiliación o traslado del Régimen pensional de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor CIRO ANTONIO DUEÑAS RUIZ, el 22 de noviembre de 1994 al fondo pensional PORVENIR S.A.; **DECLARÓ** como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES; **CONDENÓ** a la demandada PROTECCIÓN S.A. a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del demandante, junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales si los hubiese a COLPENSIONES; **ABSOLVIÓ** todas las demandadas de las demás pretensiones de la demanda; **CONDENÓ** en costas a las demandadas; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES** interpuso apelación contra la decisión, argumentando que, ordenar el traslado del demandante del RAIS al RPM se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema, y no se está respetando la prohibición establecida en la ley de que las personas que les falten menos de 10 años para acceder a la pensión no pueden trasladarse de régimen, aunado a ello, indicó que con la mera permanencia del demandante en el RAIS por más de 25 años no solamente saneo cualquier tipo de nulidad sino que ratificó la libre escogencia de régimen, manifestó que las administradoras demandadas cumplieron con los requisitos normativos para la época del traslado como los establecidos en los traslados horizontales, razón por la que no hay una lesión injustificada en su derecho a la seguridad social, máxime que su descontento solo radica la diferencia en el monto de la mesada pensional, la cual por la cantidad de factores que se necesitan para su cálculo no podía verificarse al momento del traslado cual iba a ser mayor.

Adujo que no debió condenarse en costas a COLPENSIONES en atención a que por mandato constitucional los dineros del régimen de prima media únicamente pueden ser usados para pagos de mesadas pensionales y no pueden ser utilizados para cualquier otro concepto, más cuando Colpensiones es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el traslado inicial entre la AFP y el demandante al cual no podía oponerse.

Finalmente indicó que, en caso de ratificar la orden de ineficacia de primera instancia, se acoja el criterio del órgano de cierre y se ordene a la totalidad de las AFP del RAIS devolver los gastos de administración.

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 **CIRO ANTONIO DUEÑAS RUIZ** el día 22 de noviembre de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PROTECCIÓN S.A. y los demás fondos en los que estuvo afiliado, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso, que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 22 de noviembre de 1994 con fecha de efectividad del 1 de diciembre de 1994, y posteriormente solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS el día 25 de abril de 1996 con fecha de efectividad del 1 de junio de 1996, y finalmente solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN S.A. el día 26 de junio de 2012 con fecha de efectividad del 1 de agosto de 2012 (fl. 66 del archivo 08 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, la **AFP PROTECCION S.A.** aportó: formulario de afiliación, Historia laboral, reporte de estado de cuenta del demandante, certificado SIAFP, política para asesorar la vinculación de personas naturales, concepto de la superintendencia 2015, y comunicado de prensa; por su parte **PORVENIR S.A.** aportó: Formulario de afiliación, certificado SIAFP, historia laboral consolidada, relación de aportes, constancia de traslado de aportes, concepto de la superintendencia 2015, comunicado de prensa; y la **AFP COLFONDOS** aportó: solo su certificado de existencia y representación legal.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 22 de noviembre de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el 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 en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del asesor, 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 en los recursos, del interrogatorio de parte realizado al 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 22 de noviembre de 1994, el demandante tenía 466.43 semanas (historia laboral de Colpensiones que obra en la carpeta 02 contentiva del expediente administrativo del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 25 de febrero de 1963 fl 22 archivo 01 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2025 (precisando que para el 30 de marzo de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral emitida por PROTECCIÓN S.A. que obra en los fls 31-46 del archivo 08 del expediente digital, el demandante había cotizado más de 1650.43 semanas); en cambio en el RAIS para tener una mesada pensional siquiera igual a la de

Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida.

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 el apelante, 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 HORIZONTE hoy 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 hoy PORVENIR S.A., el 22 de noviembre de 1994, la cual lo 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 el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

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.”

Ahora se halla razón al recurrente, en lo que refiere a que se debe emitir orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES, esto, dado a que 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 lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado, sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, en razón a ello, y en virtud a la apelación propuesta por COLPENSIONES, hay lugar a **REVOCAR** el ordinal CUARTO de la sentencia recurrida y en su lugar **CONDENAR** a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliado el demandante a cada una de ellas, correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

De igual manera, debe indicarse que 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.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia, en lo que respecta a **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **CIRO ANTONIO DUEÑAS RUIZ** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 22 de noviembre de 1994.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

SIN COSTAS en esta instancia por los resultados del proceso.

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 CUARTO de la sentencia proferida 19 de mayo de 2022 por el Juzgado 20 Laboral el Circuito de Bogotá, y en su lugar **CONDENAR** a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliado el demandante a cada una de ellas, correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida 19 de mayo de 2022 por el Juzgado 20 Laboral el Circuito de Bogotá

TERCERO: SIN COSTAS en la apelación.

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 MARÍA HENAO PALACIO

[20-2019-00752-01](#)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Ciro Antonio Dueñas Ruiz
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**020-2019-00752-01**

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: **0ab7e3891e1dba76e39318d37327f513831000baa438cf03d4bdd183fcc0791f**

Documento generado en 02/12/2022 05:10:56 PM

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