



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 031-2022-00144-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: SANTIAGO PARDO TURRIAGO
DEMANDADO: COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y como llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
ASUNTO: APELACIÓN COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. // CONSULTA COLPENSIONES

Previo a proferir el fallo de segundo grado, se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y con tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de COLPENSIONES, para todos los efectos del poder allegado mediante correo electrónico el 15 de febrero de 2023.

Acto seguido se procede a dictar la correspondiente **SENTENCIA:**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, AFP Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A., y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 31° Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de diciembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La demandada COLPENSIONES y la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 7 de febrero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

SANTIAGO PARDO TURRIAGO instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** y **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Solicito al Despacho **DECLARAR** la Nulidad y/o ineficacia del Traslado de Régimen que realizó el Demandante **SANTIAGO PARDO TURRIAGO**, el día 01 de febrero de 1997, del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES– Hoy COLPENSIONES** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**
2. Como consecuencia de la anterior declaración, se **ORDENE** a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la Cuenta de Ahorro Individual, junto con los rendimientos financieros, y bonos pensionales de **SANTIAGO PARDO TURRIAGO**.
3. Se **ORDENE** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de Régimen aprobado el día 01 de enero de 1997, del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS) – Hoy COLPENSIONES** a **PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** de **SANTIAGO PARDO TURRIAGO**.
4. Se ordene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, recibir en esa administradora sin solución de continuidad a **SANTIAGO PARDO TURRIAGO**.
5. Que se **CONDENE** en costas y gastos del proceso a las demandadas.
6. Las Demás condenas extra y ultrapetita que se prueben a lo largo del proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de abril 5 de 2022 (Archivo 04), fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de mayo 13 de 2022 (Archivo 17), se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito (Archivo 11, 12, 14 y 15).

Así mismo, en el citado proveído, se dispuso admitir el llamamiento en garantía formulado por Skandia Pensiones y Cesantías S.A. en contra de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, quien contesto dentro del término legal (Archivo 19), conforme da cuenta el auto de agosto 19 de 2022 (Archivo 22).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 31° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá** profirió sentencia el 9 de diciembre de 2022, en el siguiente sentido:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de **SANTIAGO PARDO TURRIAGO**, del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, teniéndolo como válidamente afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **SKANDIA** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** la totalidad de sumas de dinero que recibió del demandante por concepto de aportes, junto con sus intereses y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, seguros previsionales, entre otros.

TERCERO: Igualmente, **SKANDIA** deberá trasladar a **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** las sumas de dinero que recibió por concepto de aportes del demandante de las codemandadas **PORVENIR** y **COLFONDOS**.

CUARTO: PORVENIR deberá trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** la totalidad de sumas de dinero que descontó de lo aportado por el demandante por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, seguros previsionales, debidamente indexados.

QUINTO: COLFONDOS deberá trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** la totalidad de sumas de dinero que descontó de lo aportado por el demandante por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, seguros previsionales, debidamente indexados.

SEXTO: Se **CONDENARÁ** en costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente cada una, a favor del demandante, a **PORVENIR**, a **COLFONDOS** y **SKANDIA**.

SÉPTIMO: Se **CONDENARÁ**, igualmente, a **SKANDIA** al pago de costas y agencias en derecho, en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente en favor de la llamada en Garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

OCTAVA: No se impondrá condena alguna a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** quien deberá ser absuelta de la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda y en el llamamiento en garantía.

NOVENA: No se impondrán costas y agencias en derecho a cargo de **COLPENSIONES**.

DÉCIMO: Como quiera que el resultado la presente sentencia fue adverso a los intereses de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada.”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES**, interpone recurso de apelación frente a la decisión proferida, puesto, que indica, que, al demandante, no le asiste el derecho a reintegrarse al régimen de prima media. Por un lado, atendiendo las consideraciones propias de la Ley 797 del 2003, al encontrarse ante un margen menor a 10 años para adquirir la categoría de pensionado; por otro lado, conforme lo manifestado en su interrogatorio de parte, no se observan vicios del consentimiento para definir qué su afiliación al RAIS preste mérito para declarar su nulidad. Adicionalmente, ruega tener en consideración, que al margen de tiempo en que se encontraba plenamente vinculado al RAIS es clara de su intención de permanecer bajo la cobertura de este sistema.

La parte demandada **AFP PORVENIR S.A.**, interpone recurso de apelación parcial, frente al numeral de la sentencia, referente a la orden de devolver los conceptos debidamente indexados, lo anterior como quiera que dentro de las obligaciones que le corresponden a la AFP, se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno sus afiliados, por lo que resultaría entonces incongruente ordenar la indexación de los valores a trasladar, como quiera que jamás, los recursos de la cuenta del RAIS de la parte demandante se vieron afectados por la devolución o inflación de la economía y, por el contrario, Porvenir siempre le garantizó rendimientos a los mínimos establecidos en la ley, los cuales son muy superiores a los que se le vienen dado en el RPM, de manera entonces que al ordenar la devolución de los rendimientos financieros se incluyen los frutos e intereses que se obtienen de la AFP por los dineros recibidos como consecuencia de la afiliación del demandante, lo que sin duda entonces debe descartar la indexación, como también ya lo ha entendido el Tribunal Superior de Cundinamarca, en el sentido de precisar que con el traslado de los rendimientos financieros de los aportes, se compensaría el valor adquisitivo de la moneda, y como quiera que ya se devolvieron los rendimiento por parte de mi representada se estaría incurriendo en una doble sanción.

La parte demandada **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, igualmente, interpone recurso de apelación parcial, en cuanto a la condena tendiente a devolver, los gastos, comisiones y seguros provisionales, debidamente indexados, ya que Skandia Pensiones y Cesantías S.A. descontó dichos porcentajes, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, más específicamente

lo establecido en el inciso final, donde se indica que el 3% restante se destinará para financiar los gastos de administración. Ahora, en caso de confirmarse la decisión, frente a la decisión de los seguros previsionales, solicita esta condena sea redireccionada hacia la aseguradora Mapfre, teniendo en cuenta que la administradora no cuenta con esos recursos, y se quedo sin piso el contrato con el cual se le dio aseguramiento a los riesgos del demandante por lo que no habría obligación por parte de su representada sino por parte de la llamada.

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 ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**, efectuado por **SANTIAGO PARDO TURRIAGO** el día 23 de diciembre de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, último fondo en que estuvo afiliada la demandante, al igual que la **AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, 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 PROVENIR S.A.** el 23 de diciembre de 1996 (Pág. 77– Archivo 12), luego el 15 de abril de 1998 se trasladó a **COLPATRIA S.A.** hoy AFP PORVENIR S.A. (Pág. 78– Archivo 12), seguidamente, se trasladó a **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** hoy AFP PORVENIR S.A., el 29 de septiembre de 2000 (Pág. 59 – Archivo 14), posteriormente, el 19 de agosto de 2003 se trasladó a **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** (Pág. 59 – Archivo 14), regreso el 27 de julio de 2004 a **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** hoy AFP PORVENIR S.A. (Pág. 79 – Archivo 12), el 22 de septiembre de 2010, regreso igualmente a **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** (Pág. 72 – Archivo 14), se trasladó el 13 de julio de 2011 a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** (Pág. 27 – Archivo 11) y finalmente, regreso por tercera vez, el 20 de septiembre de 2014 a la **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** (Pág. 73 – Archivo 04).

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 a 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 **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo e Historia Laboral (Carpeta Expediente Administrativo); **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**: SIAFP, estado de afiliación, formulario de afiliación y reporte detallado de HL (Archivo 11); **AFP PORVENIR S.A.**: SIAFP, formularios de vinculación, copia de la página del periódico el Tiempo, comunicado de prensa, concepto de la Superintendencia Financiera, relación histórica de movimientos, relación de aportes, HL consolidada y certificado de egreso (Archivo 12); **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**: formularios de afiliación, HL consolidada, estado de cuenta, bono pensional, SIAFP, derecho de petición y respuesta del mismo (Archivo 15) y la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**: pólizas y condiciones generales del contrato de seguro (Archivo 19).

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 23 de diciembre de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta que, del interrogatorio de parte realizado 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 23 de diciembre de 1996, el demandante tenía 396.86 semanas (Pág. 45 contestación Skandia S.A.), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 26 de abril de 1965 - pág. 12 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2022, fecha de expedición de historia laboral por Skandia S.A., el demandante había cotizado 1.567,57semanas, (Pág. 45 contestación Skandia S.A.) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al 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 diciembre de 1996, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. tampoco logro acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, 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 confirmará y aclarará lo decidido por la *a quo*, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes con sus rendimientos financieros, lo mismo que los gastos de administración, seguros previsionales, bonos pensionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados en favor de COLPENSIONES y con cargo a sus propios recursos, desestimando lo peticionado por la AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. en la alzada de compensar estas sumas con los rendimientos

financieros que se ordena devolver. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarará la sentencia proferida en primera instancia.

Finalmente, respecto, de la solicitud presentada por Skandia Pensiones y Cesantías, referente a que se revoque la decisión en cuanto se absolvió a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., atendiendo las pólizas suscritas entre estas, esta Sala comparte la decisión emitida en primer grado, por cuanto, efectivamente, la mencionada aseguradora no tiene obligación de cubrir ninguna condena derivadas en el presente proceso, toda vez que verificadas las pólizas suscritas, estas, consisten en cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia de

conformidad con el artículo 108 de la Ley 100 de 19931, por lo que se confirmará la decisión en tal sentido.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A., y a favor del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a cargo de cada una.

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: ACLARAR la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2022 por el Juzgado 31° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá la AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado a dichos fondos.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, y a favor del

¹ **“ARTÍCULO 108. SEGUROS DE PARTICIPACIÓN.** *Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.”*

demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a cargo de cada una.

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

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(En uso de permiso)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Enlace expediente digital: [11001310503120220014401](https://www.corteconstitucional.gov.co/ExpDictado/11001310503120220014401)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Santiago Pardo Turriago
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**031-2022-00144-01**

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, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias 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: **0dd7b5e17a6a54c8a103dc4a356954e610ae835233813afb3fe741868b85c2a9**

Documento generado en 11/07/2023 10:38:58 AM

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. 037-2019-00473-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: ALBA ROCIO GONZALEZ ARIZA
DEMANDADO: COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 37° Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Colpensiones presentó alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 25 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

ALBA ROCÍO GONZÁLEZ ARIZA, instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN S.A.; como aparece en expediente digitalizado, 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 la señora ALBA ROCIO GONZALEZ ARIZA del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACI6N DEFINIDA (RPM) al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS) en el día 01 de enero de 2002, conforme al formulario de afiliación ante la AFP PROTECCIÓN S.A., por existir

engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento, para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora.

2. Que como consecuencia de la declaración de nulidad de dicho traslado se **ORDENE** a la AFP PROTECCION S.A, RETORNAR a la señora ALBA ROCIO GONZALEZ ARIZA, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al REGIMEN de PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA - administrado por COLPENSIONES.
3. Que se **ORDENE** a **COLPENSIONES**, recibir en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA (RPM) a la señora ALBA ROCIO GONZALEZ ARIZA y mantenerlo como afiliado desde el día 21 de abril de 1986 sin solución de continuidad.
4. Que se condene a las demandadas al pago de las costas y agendas en derecho.
5. Lo que ultra y extrapetita el señor Juez considere.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de agosto 21 de 2019 (Archivo 02), fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de junio 15 de 2022 (Archivo 17), se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito (Archivo 08 y 10).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 37° Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el día 26 de septiembre de 2022 (Archivo 20), en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora **ALBA ROCÍO GONZÁLEZ ARIZA** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** que tuvo como fecha de suscripción el 22 de noviembre de 2001. En consecuencia, se **DECLARA** válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a transferir con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado

por gastos de administración y comisiones debidamente indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: COSTAS a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMMLV. Sin costas a cargo de **COLPENSIONES**.

QUINTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión.”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES**, presento recurso en contra de la decisión, solicito se revoque la decisión de primera instancia, por cuanto, indico que en el asunto, no habrá de declararse la ineficacia del traslado de régimen, toda vez que de conformidad con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 2003, así como la Ley 1328 de 2009 se establece que el deber de información se consolida con la información previa, sin embargo, en el caso, este se efectuó en el año 2001, es decir con anterioridad a estas leyes. Ahora frente al decir de la demandante de que no se le indicaron las ventajas y desventajas, condiciones y modalidades de los regímenes pensionales, estos, se encuentran en la Ley 100 de 1993, norma que por su connotación es de conocimiento público y conocida por todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por tanto, no es dable la ignorancia como excusa, para dar exclusivamente la obligación a las APF de la información de esta. Señaló, que tampoco se encuentra vicio del consentimiento al momento de la afiliación. Precisó, que el deber de información si bien ha de ser atendido bajo el deber de información y buen consejo también la información de manera autónoma que debe asumir el afiliado, máxima cuando la demandante tuvo una actitud pacífica hasta el 2015, cuando considera la conveniencia de pertenecer al RPM. Finalmente, arguyó, que la condena impuesta afecta la sostenibilidad financiera de la entidad, ya que esta, impacta la reserva del sistema pensional, teniendo en cuenta la falta de contribución de la demandante al fondo común y la carga que genera a los demás afiliados. Manifestó que, en caso, de confirmarse la decisión, me mantenga la no condena en costas de su representada y la efectiva devolución de aportes junto con los rendimientos.

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 ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN, efectuado por **ALBA ROCIO GONZALEZ ARIZA** el día 22 de noviembre de 2001; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PROTECCIÓN S.A., en que estuvo afiliada la demandante, 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 PROTECCIÓN S.A. el 22 de noviembre del 2001, con fecha de efectividad a partir del 1 de enero de 2002 (Pág. 52 – Archivo 08).

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 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, **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo e historia laboral (Archivo CD-FL226); y la **AFP PROTECCIÓN S.A.**: formulario de vinculación, respuesta derecho de petición, HL para bono pensional, SIAFP, movimiento cuenta de ahorro individual, certificado de información laboral, políticas de vinculación de persona natural, concepto SIF 2015, comunicado de prensa año gracia (Archivo 08).

Es decir, que el fondo demandado no allega ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 22 de noviembre de 2001, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

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

Claramente para el momento del traslado 22 de noviembre de 2001, la demandante tenía 467.57 semanas (Pág. 69 contestación protección), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 4 de diciembre de 1962 (Pág. 22 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al tener las semanas requeridas (precisando que para el año 2019, fecha de expedición de historia laboral por Protección SA, el demandante había cotizado un total de 1.357,71 semanas, Pág. 69 contestación Protección) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las

herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, 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 PROTECCIÓN S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al 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 PROTECCIÓN S.A., el 22 de noviembre de 2001, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS.

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 37° de abril de 1994. (...)”

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

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

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata,

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

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, 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, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se adicionara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por PROTECCIÓN S.A. sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliado el demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **ADICIONARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, AFP PROTECCIÓN S.A. los devolverá a COLPENSIONES debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2022 por el Juzgado 37° Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá la **AFP PROTECCIÓN S.A.** debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(En uso de permiso)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Enlace expediente digital: [11001310503720190047301](https://www.gub.ve/11001310503720190047301)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Alba Rocío González Ariza
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**037-2019-00473-01**

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, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias 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: **14036d7d10fbd6129891b6ce232875e866f43fa51c9a6e7e97203e1b1665682e**

Documento generado en 11/07/2023 10:38:59 AM

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. 036-2021-00233-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: ORLANDO FETECUA HERNÁNDEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA AFP
PORVENIR S.A. y COLPENSIONES // CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de octubre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, a través de sus procuradores judiciales presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 25 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

ORLANDO FETECUA HERNÁNDEZ, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.** como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS

1. Declarar que el señor **ORLANDO FETECUA HERNÁNDEZ** fue mal asesorado e informado por parte de **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** en el año 1995 con la finalidad de lograr el traslado de régimen pensional.
2. Declarar que **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a través de información no veraz, llevó a Mi representado a tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, prometiendo iguales beneficios económicos que los ofrecidos en el Régimen de Prima Media.
3. Declarar que no hubo una real asesoría por parte de **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** que incluyera una información veraz en cuanto a la manera, tiempo, monto de la mesada pensional que recibirá el señor **ORLANDO FETECUA HERNÁNDEZ**, al momento de estructurar el derecho a la pensión de vejez.
4. Declarar **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** generó una afectación de los derechos pensionales del señor **ORLANDO FETECUA HERNÁNDEZ**, en razón a que no le informaron las incidencias pensionales que el traslado de régimen conlleva.
5. Declarar que la vulneración al derecho de información por parte de **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, que generara el consentimiento informado en el traslado de régimen pensional, derivó en la afectación a la vida digna del señor **ORLANDO FETECUA HERNÁNDEZ** al momento de estructurar el derecho a obtener la pensión.
6. Declara **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, vulneró los principios objetivos contenidos en la Ley 100 de 1993, en razón a que está generando un detrimento patrimonial y por ende una vulneración a la vida digna del señor **ORLANDO FETECUA HERNÁNDEZ**.
7. Declarar la ineficacia del traslado de la afiliación en pensiones del señor **ORLANDO FETECUA HERNÁNDEZ** con **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, por cuanto la misma careció de información veraz en el cambio de régimen pensional, debido a la fraccionada e incompleta asesoría sobre los riesgos de debía asumir en el cambio de régimen pensional, al no haber sido clara, completa, comprensible la manera como estaba diseñado el régimen de ahorro individual, incumpliendo el deber del consentimiento informado y detallado en la asesoría de cambio de régimen y durante la permanencia en este.
8. Declarar consecuentemente, se ordene el traslado a Colpensiones de todos los aportes, junto con sus rendimientos, frutos e intereses que actualmente tienen en **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, con destino a Colpensiones quien fue la entidad que asumió las obligaciones del ISS, de acuerdo al Decreto 2013 de 2012.

CONDENATORIAS

1. **CONDENAR** a **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado y de la afiliación régimen de ahorro

individual con solidaridad, a **TRASLADAR** todos los aportes, efectuados por el señor **ORLANDO FETECUA HERNÁNDEZ** junto con todos sus rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos con destino a **COLPENSIONES**.

2. **CONDENAR** a **COLPENSIONES**, como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad con la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a **ACTIVAR** la afiliación del señor **ORLANDO FETECUA HERNÁNDEZ**, en el régimen de prima media con prestación definida.
3. **CONDENAR** a **COLPENSIONES**, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, a **ACEPTAR Y RECIBIR** el traslado de los aportes del señor **ORLANDO FETECUA HERNÁNDEZ**.
4. **CONDENAR** a **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a todo lo que resulte en favor del demandante con motivo de las declaraciones extra y ultra que resulten probadas.
5. **CONDENAR** a **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda por parte del Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de agosto 6 de 2021 (Archivo 06), fueron notificadas las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de marzo 7 de 2022 (Archivo 23), se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito (Archivo 17 y 21).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 36° Laboral del circuito de Bogotá**, profirió sentencia el día 3 de octubre de 2022 (Archivo 36 y 37), en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado efectuado por el señor **ORLANDO FETECUA HERNÁNDEZ** en del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1° de julio de 1995, a través de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: ORDENAR a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al

fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Líquidense como agencias en derecho con la suma de \$500.000 a cargo de PORVENIR S.A y un 1 SMMLV, a cargo de COLPENSIONES.

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.”

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**. Solicitó se revoque el fallo de primera instancia, y en su lugar absuelva a la entidad, toda vez que la firma del formulario de afiliación del demandante con la AFP es completamente válida puesto que fue firmada de forma libre, sin presiones, y dado que el deber de cumplimiento de la información para la época del traslado en el año de 1995 se cumplió. Adicionalmente, manifestó, que la condena va en contra de la sostenibilidad financiera del régimen de prima media una vez se deba reconocer la prestación pensional. Finalmente, peticona se revoque la condena en costas en contra de Colpensiones.

La demandada **AFP PORVENIR S.A.**, presentó recurso en contra de la decisión, indicando que si bien ya existe una amplia y pacífica línea jurisprudencial planteada por parte de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que esta corporación ya ha indicado y reiterado que la misma que no se podrá aplicar de manera homogénea, sino bajo una similitud de condiciones prácticas, encontrando que en el presente caso, el traslado efectuado por el demandante al RAIS es completamente válido al haberse dado de manera libre, consciente, voluntaria e informada, y con sustento en las cargas de información para el año del traslado, esto es, para el año 1995.

Respecto de la devolución de los rendimientos se encuentra que se terminarían entregando rendimientos superiores a los que hubieren sido gestionados por Colpensiones, por lo que esa agencia oficiosa no debería dar lugar a la restitución de estos, sino tan solo a aquellos que hubiere causado Colpensiones, por lo indica que, dado, el caso se deberá ordenar las restituciones mutuas, ya que de lo contrario generaría un enriquecimiento sin justa causa.

Peticionó que en caso de mantenerse la decisión de primera instancia sea revoca la condena relativa a la indexación de los valores a devolver ya que, al ordenarse la entrega de rendimientos financieros, frutos e intereses, se genera una doble sanción.

No obstante, la interposición de los recursos 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 ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **ORLANDO FETECUA HERNÁNDEZ** el día 8 de junio de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A., fondo en que estuvo afiliado el demandante, 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 8 de junio de 1995 (Pág. 75 – Archivo 17).

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 con la contestación de la demanda, la **AFP PORVENIR S.A.** aportó: formulario de afiliación, certificado de egreso, HL consolidada, relación histórica de movimientos, SIAFP, consulta de viabilidad, HL bono pensional, concepto de la Superintendencia Financiera y comunicado de prensa (Archivo 17).

Es decir, que el fondo demandado no allega ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 8 de junio de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que, del interrogatorio de parte realizado 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 junio de 1995, la demandante tenía 406 semanas (Pág. 31 contestación Porvenir S.A.), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 25 de febrero de 1963 (Pág. 15 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al tener las semanas requeridas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, el demandante había cotizado un total de 1.480 semanas, Pág. 31 contestación Porvenir S.A.) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir

el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al 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 8 de junio de 1995, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS.

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

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

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

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

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, 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 confirmará lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes con sus rendimientos financieros, lo mismo que los gastos de administración, seguros previsionales, bonos pensionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados en favor de COLPENSIONES y con cargo a sus propios recursos, desestimando lo peticionado por Porvenir en la alzada de compensar estas sumas con los rendimientos financieros que se ordena devolver. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso

los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **ORLANDO FETECUA HERNÁNDEZ** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP PORVENIR S.A., el 8 de junio de 1995.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., y a favor del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

Las de primera instancia a cargo de Colpensiones serán revocadas, puesto que nada tuvo que ver Colpensiones en el traslado que efectuó el demandante del RPM al RAIS, por tanto, no se puede afirmar que Colpensiones fue vencida en el presente proceso, pues por mandato constitucional y legal le corresponde recibir a la demandante en el régimen público de pensiones.

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 3 de octubre de 2022 por el Juzgado 36° Laboral el Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **AFP PORVENIR S.A.**, y a favor del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio

salario mínimo legal vigente. Se **REVOCAN** las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones.

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

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(En uso de permiso)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Enlace expediente digital: [11001310503620210023301](https://www.corteconstitucional.gov.co/ExpDictado/11001310503620210023301)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Orlando Fetecua Hernández
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**036-2021-00233-01**

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, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias 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: **510edfb0f8706fe834d99bab065b5b8342cef270d0efd45d50015f3567ae21bf**

Documento generado en 11/07/2023 10:38:58 AM

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. 010-2019-00245-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **MARÍA ALEXIS ROA SUÁREZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN, AFP PORVENIR SA. y
SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y como llamada
en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**
ASUNTO: **APELACIÓN COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. //
CONSULTA COLPENSIONES**

Previo a proferir el fallo de segundo grado, se reconoce personería al abogado Alejandro Miguel Castellanos López, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.985.203 y con tarjeta profesional No. 115.849 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la AFP PORVENIR S.A., para todos los efectos del poder allegado mediante correo electrónico el 30 de enero de 2023; así mismo, se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y con tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de COLPENSIONES, para todos los efectos del poder allegado mediante correo electrónico el 2 de febrero de 2023.

Acto seguido se procede a dictar la correspondiente **SENTENCIA:**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de noviembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 20 de enero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

MARÍA ALEXIS ROA SUÁREZ instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN, AFP PORVENIR SA. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS

1. Que se declare la nulidad del traslado de la afiliación en pensiones de **MARÍA ALEXIS ROA SUÁREZ** con la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas que aquel le reportaría.
2. Que se declare que la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la posterior vinculación con **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** y **SOCIEDAD PROTECCIÓN S.A. ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, no informaron a mi mandante sobre los términos del traslado entre regímenes, ventajas, desventajas y riesgos del mismo. De acuerdo a lo contemplado en el literal d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009 y lo establecido en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994.
3. Que se declare que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado y de afiliación de **MARÍA ALEXIS ROA SUÁREZ** con **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y su posterior vinculación con **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**
4. Que se declare que la **SOCIEDAD PROTECCIÓN S.A. ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, debe enviar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, teniendo en cuenta que es la administradora del régimen de prima media, todos los detalles de traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de afiliación.
5. Que se declare que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, administradora del régimen de prima media con prestación definida, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado y de afiliación al régimen de ahorro individual, debe activar la afiliación de la señora **MARÍA ALEXIS ROA SUÁREZ**, en el régimen de prima media con prestación definida.
6. Se declare que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, como consecuencia de la declaratoria de la nulidad de traslado y de afiliación al régimen de ahorro individual, debe aceptar y

recibir del traslado de todos los aportes de **MARÍA ALEXIS ROA SUÁREZ**.

CONDENATORIAS

1. Que como consecuencia de la declaratoria de la nulidad de traslado y de la afiliación de **MARÍA ALEXIS ROA SUÁREZ**, con la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y su posterior vinculación con la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES OLD MUTUAL S.A.** y la **SOCIEDAD PROTECCIÓN S.A. ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, se condene a esta última entidad a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, por cuanto la afiliación del régimen de prima media queda nuevamente vigente, y **COLPENSIONES** es la administradora del régimen de prima media.
2. Que se condene a la **SOCIEDAD PROTECCIÓN S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS**, a enviar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el detalle de traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado y de afiliación de la señora **MARÍA ALEXIS ROA SUÁREZ**.
3. Que se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** como consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado y de afiliación al régimen de ahorro individual, a activar la afiliación de la señora **MARÍA ALEXIS ROA SUÁREZ** en el régimen de prima media con prestación definida.
4. Se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado y de afiliación al régimen de ahorro individual, a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de **MARÍA ALEXIS ROA SUÁREZ**.
5. Se condene a las demandadas al reconocimiento, liquidación y pago de los demás derechos y sanciones laborales a que hay lugar, y que resulten probados dentro del proceso, atendiendo los principios ULTRA Y EXTRA PETITA.
6. Condenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS OLD MUTUAL S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, a pagar las costas del presente proceso y las agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de agosto 9 de 2019 (Pág. 62 – Archivo 01), fue notificada a las demandadas **COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.** quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de octubre 4 de 2019 y marzo 9 de 2020 (Pág. 84 y 154 a 155 – Archivo 01, respectivamente), se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito (Pág. 70 a 75 y 106 a 118 – Archivo 01, respectivamente).

Posteriormente, en audiencia celebrada el día 3 de septiembre de 2020, se llama en Litis Consorcio Necesario a la **AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** (Archivo 14). Una vez fueron notificadas de la demanda, la **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda en tiempo y **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, no contestó la demanda, conforme consta en auto de agosto 3 de 2021 (Archivo 20); en dicho proveído, igualmente, se dispuso admitir el llamamiento en garantía formulado por Skandia Pensiones y Cesantías S.A. en contra de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, quien contestó el mismo dentro del término legal, conforme da cuenta el auto de octubre 3 de 2022 (Archivo 38).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá** profirió sentencia el 24 de noviembre de 2022, en el siguiente sentido:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante señora **MARÍA ALEXIS ROA SUAREZ**, con la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, mediante la suscripción de afiliación realizada el 4/09/1996, en consecuencia, los traslados subsiguientes horizontales realizados el 22/09/1997, con **OLD MUTUAL** el 01/10/1997, a **PROTECCIÓN** el 14/10/2002, y en consecuencia se declara ineficaz el traslado del Régimen De Prima Media con prestación definida al **RAIS** y ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por **Colpensiones**, de conformidad a la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** recibir y restablecer afiliación de la demandante **MARÍA ALEXIS ROA SUAREZ** al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a **AFP PROTECCION S.A.**, hacer entrega al régimen de prima media administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **MARÍA ALEXIS ROA SUAREZ**, como cotizaciones, frutos e intereses, y bonos pensionales si los hubiere, rendimientos como lo dispone el artículo 1746 del C.C., que se hubieren causados y así mismo a realizar la devolución de los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados y la devolución de los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, que le hubiere descontado durante su vinculación, así mismo deberá allegarle a **Colpensiones** los documentos correspondientes al pago efectivo de estas sumas a **Colpensiones** y que den cuenta de las sumas recibidas por el fondo por cotizaciones, rendimientos, intereses, bonos si los hubiere y las descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales, porcentajes de garantía de pensión mínima para que **Colpensiones** pueda establecer que la devolución se hace en los términos ordenados.

CUARTO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. devolución a RPM administrada por COLPENSIONES las sumas descontadas a la actora señora MARIA ALEXIS ROA durante la vinculación a estas administradoras por concepto gastos y cuotas de administración con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexadas, así mismo los porcentajes de garantía de pensión mínima, con los documentos necesarios para establecer los valores descontados por estos conceptos, para que por parte de COLPENSIONES se revise que los dineros entregados fueron los ordenados en esta providencia.

QUINTO: OTORGAR a las AFP PROTECCION, PORVENIR y SKANDIA S.A., el termino de 15 días seguidos a la ejecutoria de la sentencia para la entrega y devolución de los conceptos condenados en la presente decisión.

SEXTO: CONDENAR a Colpensiones de manera inmediata a la ejecutoria de esta providencia a que debe imputar en la historia laboral de la demandante las semanas cotizadas en el RAIS, así mismo ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de AFP PROTECCION S.A., AFP PORVENIR S.A , SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las demandadas AFP PROTECCION S.A., AFP PORVENIR S.A, SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

Por otra parte, declara probada la excepción de inexistencia de la obligación frente a la demanda y llamamiento en garantía propuesto por SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y se absuelve de las pretensiones de demanda y del llamamiento en garantía.

OCTAVO: CONDENAR en costas de esta instancia a la AFP PROTECCION S.A., AFP PORVENIR S.A, SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo como agencias en derecho a cargo de AFP PROTECCION S.A. \$250.000, AFP PORVENIR S.A \$1.000.000, SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. \$250.000 y Colpensiones \$250.000.

Se condena a SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a favor de la llamada en garantía MAFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., tásense e inclúyase como agencias en derecho de \$500.000.

NOVENO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por las condenas impuestas a Colpensiones.”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **AFP PORVENIR**. Solicito revocar el numeral cuarto de la sentencia, en consecuencia, absuelva a su representada, en cuanto a la devolución de los gastos de administración en forma indexa, ya que se ha considerado que ordenar dicho pago genera una doble condena en consideración a que la demandante no se encuentra en este momento en la AFP y en su momento ya se devolvió a la AFP que se trasladó, los aportes y rendimientos financieros y estos compensan cualquier devaluación de la moneda. Indicó, que ello, configura un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, sin que exista norma que ordene esta devolución, por cuanto tan solo es procedente la entrega de aportes y rendimientos.

La parte demandada **COLPENSIONES**. Solicito la revocatoria de las condenas emitidas en su contra, por cuanto afirmó, que, a la fecha del traslado del régimen, el 4 de septiembre de 1996, este se llevó a cabo de manera libre, espontánea y voluntaria. No se evidencian vicios del consentimiento. Conforme con la Ley 100 de 1993, existe la prohibición legal de traslado al faltare menos de 10 años para pensionarse. Y dado, a que las actuaciones de los particulares y servidores se presumen de buena fe, por lo que los asesores realizaron la asesoría que correspondía al momento del 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 ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**, efectuado por **MARÍA ALEXIS ROA SUÁREZ** el día 4 de septiembre de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, último fondo en que estuvo afiliada la demandante, al igual que la **AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN 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 la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PROVENIR S.A. el 4 de septiembre de 1996 (Pág. 65– Archivo 10), luego el 22 de septiembre de 1997 se trasladó a OLD MUTUAL S.A. Hoy SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS (Pág. 6 y 7 – Archivo 15); seguidamente, regreso a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., el 30 de agosto de 2000 (Pág. 64 – Archivo 10),

posteriormente, el 14 de junio de 2002 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. (Pág. 119 – Archivo 01), el 27 de junio de 2008 a ING PENSIONES Y CESANTIAS S.A. (Pág. 121 – Archivo 01), y finalmente, el 31 de diciembre de 2012 a la AFP PROTECCIÓN S.A. (Pág. 151 – Archivo 01).

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 a 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 **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo e Historia Laboral (Archivo 1.1); **PROTECCIÓN S.A.**: formulario de afiliación, Historia Laboral de aportes, reporte de estado de cuenta y SIAFP (Pág. 119 a 152 - Archivo 01); la **AFP PORVENIR S.A.**: certificado Asofondos, formulario de vinculación, respuesta derecho de petición, HL consolidada, relación histórica de movimientos, certificado de egreso, comunicado de prensa y concepto de la Superintendencia Financiera (Archivo 10); **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**: formulario de afiliación y certificado de traslado de aportes (Archivo 15); y la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**: pólizas y condiciones generales del contrato de seguro (Archivo 27).

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 4 de septiembre 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 la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

Claramente para el momento del traslado 4 de septiembre de 1996, la demandante tenía 104.14 semanas (Pág. 16 expediente administrativo), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 13 de julio de 1961 - Pág. 24 expediente administrativo) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2019, fecha de expedición de historia laboral por Protección, la demandante había cotizado 1238,14 semanas, (Pág. 122 contestación Protección) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al 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 4 de septiembre de 1996, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. tampoco logro acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó

entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

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

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

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata,

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

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, 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, conforme a lo solicitado por Colpensiones, se aclarara lo decidido por la *a quo*, ya que como lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PROTECCIÓN S.A. sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP PROTECCIÓN S.A., AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarará la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., y a favor de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

Las de primera instancia a cargo de Colpensiones serán revocadas, puesto que nada tuvo que ver Colpensiones en el traslado que efectuó el demandante del RPM al RAIS, por tanto, no se puede afirmar que Colpensiones fue vencida en el presente proceso, pues por mandato constitucional y legal le corresponde recibir a la demandante en el régimen público de pensiones.

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: ACLARAR la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2022 por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PROTECCIÓN SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP RPOTECCION SA, AFP PORVENIR SA y AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada a dichos fondos.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **AFP PORVENIR S.A.**, y a favor del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio

salario mínimo legal vigente. Se **REVOCAN** las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones.

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

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(En uso de permiso)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Enlace expediente digital: [11001310501020190024501](https://www.corteconstitucional.gov.co/EXPEDIENTES/11001310501020190024501)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María Alexis Roa Suárez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**010-2019-00245-01**

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, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias 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: **0b56fb66474cc88bdfbc42e6898820f4c49f18224cb2a0d932aa17ac97ac4ce**

Documento generado en 11/07/2023 10:38:57 AM

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 Ponente

Radicación No. 020-2021-00221-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **CAMARA DE REPRESENTANTES**
DEMANDADO: **COOMEVA EPS EN LIQUIDACIÓN**
ASUNTO: **APELACIÓN PARTE DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20° Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Coomeva EPS en Liquidación, a través de su procurador judicial presento alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 25 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La **CAMARA DE REPRESENTANTES** instauró demanda ordinaria laboral en contra de **COOMEVA EPS EN LIQUIDACIÓN** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (Archivo 01):

PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA. Que se declare que COOMEVA EPS S.A. es la responsable de reconocer y pagar a favor de la CÁMARA DE REPRESENTANTES el valor de las incapacidades de los trabajadores mencionados.

SEGUNDA. Se condene a COOMEVA EPS S.A. a pagar a favor de LA CÁMARA DE REPRESENTANTES el valor de la incapacidad que a continuación se relaciona:

TRABAJADOR	CÉDULA DE CIUDADANÍA	DÍAS	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	VALOR PAGADO
Elsa Alexandra Anchique Bohórquez	51.819.059	3	19/11/2017	21/11/2017	\$103.186
Alba Nelcy García Pabón	59.833.157	126	13/08/2017	16/12/2017	\$98.352
Ricardo Adolfo Zapata Sánchez	1.143.931.521	3	05/10/2018	07/01/2018	\$69.437
Vanessa Paola Perea Puentes	22.802.606	97	06/07/2018	10/10/2018	\$29.530.948
Carolina González Pérez	31.642.083	155	30/06/2018	02/11/2018	\$44.296.421

TERCERA. En virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del decreto 1281 de 2002, se ordene a COOMEVA EPS S.A. a pagar los intereses moratorios hasta el día que se realice el pago efectivo a favor de LA CÁMARA DE REPRESENTANTES discriminados así:

TRABAJADOR	CÉDULA DE CIUDADANÍA	INTERESES EXGIBLES DESDE
Elsa Alexandra Anchique Bohórquez	51.819.059	21/11/2017
Alba Nelcy García Pabón	59.833.157	16/12/2017
Ricardo Adolfo Zapata Sánchez	1.143.931.521	07/10/2018
Vanessa Paola Perea Puentes	22.802.606	10/10/2018
Carolina González Pérez	31.642.083	02/11/2018

CUARTA. Que se profiera condena en agencias en derecho y las costas a cargo de COOMEVA EPS S.A. a la máxima tarifa permitida por la ley (artículo 365 del CGP en concordancia con el acuerdo No. PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 del CSJ), teniendo en cuenta que la EPS demandada no realizó el pago de las prestaciones reclamadas en el momento oportuno.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

QUINTO. En subsidio, se ordene a COOMEVA EPS S.A. al pago de la correspondiente actualización monetaria con base en el índice de precios al consumidor a favor de LA CÁMARA DE REPRESENTANTES así:

1. Elsa Alexandra Anchique Bohórquez, sobre el valor de **CIENTO TRES MIL CIENTO OCHENTA Y SEIS PESOS MONEDA LEGAL CORRIENTE (\$103.186 M/C)**, desde el 21 de noviembre de 2017.
2. Alba Nelcy García Pabón, sobre el valor de **NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS MONEDA LEGAL CORRIENTE (\$98.352 M/C)**, desde el 16 de diciembre del 2017.

3. Ricardo Adolfo Zapata Sánchez, sobre el valor de **SESENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS MONEDA LEGAL CORRIENTE (\$69.437 M/C)**, desde el 07 de octubre de 2018.
4. Vanessa Paola Perea Puentes, sobre el valor de **VEINTINUEVE MILLONES QUINIENTOS TREINTA MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS MONEDA LEGAL CORRIENTE (\$29.530.948 M/C)**, desde el 10 de octubre de 2018.
5. Carolina González Pérez, sobre el valor de **CUARENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTIUNO PESOS MONEDA LEGAL CORRIENTE (\$ 44.296.421 M/C)**, desde el 02 de noviembre de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COOMEVA EPS EN LIQUIDACIÓN contestó la demanda (Archivo 06), de acuerdo al auto de data 30 de agosto de 2022 (Archivo 07). Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 20° Laboral del circuito de Bogotá**, profirió sentencia el día 26 de septiembre de 2022 (Archivo 08), en el siguiente sentido:

“PRIMERO: CONDENAR a la sociedad COOMEVA EPS., reconocer y pagar a la CAMARA DE PRESENTANTES el subsidio de incapacidad pagados a la señora VANESSA PAOLA PEREA PUENTES **desde el 08 de julio de 2018 hasta el 10 de octubre de 2018, es decir, 95 días de incapacidad**, debidamente indexadas hasta el momento del pago conforme al I.P.C. certificado por el DANE.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad COOMEVA EPS., reconocer y pagar a la CAMARA DE PRESENTANTES el subsidio de incapacidad pagados a la señora CAROLINA GONZALEZ PEREZ desde el **02 de julio del año 2018 hasta el 02 de noviembre de 2018, es decir, 153 días de incapacidad.**, debidamente indexadas hasta el momento del pago conforme al I.P.C. certificado por el DANE.

TERCERO: ABSOLVER a la sociedad COOMEVA EPS., de las demás pretensiones incoadas por la CAMARA DE PRESENTANTES, conforme las consideraciones de la parte motiva.

CUARTO: Condenar en costas del proceso a la parte demandada. Tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho el equivalente a dos (02) salarios mínimos mensuales vigentes.”

RECURSO DE APELACION

La **parte demandada** presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia:

1. **PRESCRIPCIÓN:** Indica la parte demandada que no se presentó en debida forma la reclamación ante COOMEVA EPS S.A en liquidación, por lo que el fenómeno de la prescripción si tuvo que ser declarado en este caso específico.

2. **INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA:** señalo, que se dio una indebida valoración probatoria de los pagos realizados por su cobijada, por lo cual solicitó al superior que defina si en efecto los elementos materiales probatorios son suficientes para desvirtuar las pretensiones de la elevadas por la Cámara de Representantes, en el libelo introductor o por lo contrario se ratificara la presente condena.

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

CONSIDERACIONES:

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

Sea lo primero precisar que no es objeto de discusión alguna la absolución emitida en contra de la demandada frente al pago de las incapacidades de los señores ***Elsa Alexandra Anchique Bohórquez, Alba Nelcy García Pabón y Ricardo Adolfo Zapata Sánchez.***

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Sí la parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las incapacidades otorgadas a las señoras: ***Vanessa Paola Perea Puentes,*** desde el 6 de julio de 2018 al 10 de octubre de 2018 (97 días) y ***Carolina González Pérez,*** desde el 30 de junio de 2018 al 2 de noviembre de 2018 (155 días).

PAGO DE INCAPACIDADES:

Las incapacidades laborales en el régimen contributivo hacen parte del conjunto de prestaciones económicas que la ley reconoce a los ***afiliados al sistema de seguridad social integral*** en aras de proteger a quienes quedan temporalmente desprovistos de los recursos que destinaban a satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia por razones en sus condiciones de salud, de ahí la importancia que las mismas sean pagadas en forma oportuna.

El párrafo del artículo primero del **Decreto 2943 de 2013** establece que dicho reconocimiento económico **es pagado por el empleador, sea público o privado, por los dos primeros días de la incapacidad** cuyo origen sea enfermedad general. Su cuantía corresponderá al 66.667% de su salario. Después del tercer día de incapacidad y hasta completar 180 días, la responsabilidad de pago por dicho concepto le corresponde a la **Entidad Promotora de Salud (EPS)** a la cual esté afiliado; ella se hará cargo del pago correspondiente al 66.667% del salario durante los primeros 90 días y para el tiempo restante lo hará sobre el 50%.

De acuerdo al **Decreto 2463 de 2001**, en el caso que la incapacidad supere los 180 días y hasta 360 días, con el concepto médico expedido por la EPS el cual afirme pronóstico favorable de rehabilitación, **será la Administradora de Fondos de Pensiones AFP la que se responsabilice del pago por dicho concepto**, manteniendo el pago del monto que venía recibiendo por parte de la EPS (50% del salario).

Así mismo, los incisos 5 y 6 del artículo 142 del **Decreto Ley 019 del 2012** que modifica el artículo 41 de la ley 100 de 1993 , a su vez modificado por el artículo 52 de la Ley 962 del 2005, establece que las incapacidades posteriores al día 180 debe ser asumido por la Administradora del Fondo de Pensiones, **siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación emitido por parte de la EPS** a la cual se encuentra afiliado el trabajador, es decir, cuando se entienda que la incapacidad es de carácter temporal, pudiendo la Administradora de Fondo de Pensiones postergar la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado por un periodo de 360 días adicionales a esos primeros 180 días de incapacidad temporal que otorgo la EPS.

No obstante, lo anterior, en el evento en que la EPS no emita oportunamente concepto de rehabilitación, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.

En ese orden, procede la Sala a verificar el material probatorio aportado a fin de verificar si las incapacidades peticionadas fueron efectivamente ordenadas y pagadas por la parte demandante, encontrando lo siguiente:

Frente a la trabajadora **Carolina González Pérez**

- Incapacidad Médica No. 100 del 1 de julio de 2018, desde el 30 de junio al 2 de noviembre de 2018 (126 días) por concepto de LICENCIA DE MATERNIDAD – (Pág. 26 – Archivo 01 demanda) y Certificación de

Incapacidad No. 11888949 del 10 de diciembre de 2018 (Pág. 11 – Archivo 06 contestación).

- Planilla Pago de Aportes en Línea expedido el 10 de diciembre de 2010 de los períodos de junio a diciembre de 2018 (Pág. 39 a 42 – Archivo 01).
- Comprobante Pago de Nómina de salarios y prestaciones sociales del período junio a noviembre de 2018 (Pág. 43 – Archivo 01).

Respecto de la trabajadora **Vanessa Paola Perea Puentes**

- Incapacidad Médica del 8 de junio de 2018, desde el 7 de junio al 10 de octubre de 2018 (126 días) por concepto de LICENCIA DE MATERNIDAD – (Pág. 54 – Archivo 01).
- Comprobante Pago de Nómina de salarios y prestaciones sociales del período julio a octubre de 2018 (Pág. 59 – Archivo 01).
- Planilla Pago de Aportes en Línea expedido el 10 de diciembre de 2010 de los períodos de julio a noviembre de 2018 (Pág. 60 a 62 – Archivo 01).

De lo anterior, lo que se concluye en primer lugar, es que se encuentra efectivamente acreditado que a las señoras **Carolina González Pérez y Vanessa Paola Perea Puentes**, les fueron otorgadas las citadas incapacidades por concepto de **LICENCIA DE MATERNIDAD**.

Bajo tales presupuestos, cabe señalar que el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, consagra:

“ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD.

El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”

Para el reconocimiento de los beneficios otorgados por el Sistema General del Seguro Social en Salud a los afiliados cotizantes al régimen contributivo se previó en el artículo 3º del Decreto 047 de 2000¹, y el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 vigente para la data de los hechos, la cotización continua e ininterrumpida por parte del trabajador en el caso de las incapacidades por enfermedad general de un periodo mínimo de cotización de 4 semanas de forma ininterrumpida y completa, y en el caso de las licencias de maternidad que la trabajadora hubiera cotizado al sistema durante el periodo de gestación. Así mismo, se requería el haber cancelado en forma completa las cotizaciones por lo menos durante 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho, conservando el empleador la obligación de adelantar en forma directa el trámite² correspondiente y, eventualmente, la de asumir su reconocimiento de aquellos beneficios únicamente cuando cotizara un período inferior al mínimo requerido, presente mora o evada el pago de los correspondientes aportes.

A efectos de resolver los motivos de inconformidad planteados, corresponde a la Sala comenzar por indicar que no fue objeto de discusión entre las partes y se determina con el material probatorio allegado al proceso, la condición de afiliadas de los 2 trabajadoras relacionadas al Sistema General de Seguro Social en Salud a la **EPS COOMEVA S.A.**, como trabajadores dependientes de la demandante **CAMARA DE REPRESENTANTES**, conforme las planillas de autoliquidación de aportes a salud, y que a estas, como ya se dijo, les fueron otorgadas incapacidades por licencia de maternidad, durante los períodos de junio a noviembre de 2018, las cuales fueron cancelados por su empleador, conforme a las certificaciones de nómina allegadas.

En tal sentido, conforme lo indicado en la decisión de primera instancia respecto de las trabajadoras **Carolina González Pérez y Vanessa Paola Perea Puentes** se encontró acreditado el cumplimiento de los requisitos previstos para el

¹ Artículo 3º-Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

1. <Numeral modificado por el Artículo 9 del Decreto 783 de 2000. El texto original del Decreto 47 de 2000 fue declarado NULO por el Consejo de Estado. El texto del Decreto 783 de 2000 es el siguiente:> Incapacidad por enfermedad general. Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado, un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de

2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un periodo inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguro Social en Salud.

PARÁGRAFO. No habrá lugar a reconocimiento de prestaciones económicas por concepto de incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o sus complicaciones, los cuales se encuentran expresamente excluidos de los beneficios del Sistema General de Seguro Social en Salud.

² Ver artículos 21 del Decreto 1804 de 1999 y 121 del Decreto Ley 019 de 2012.

reconocimiento y pago de beneficios reclamados, conforme la normatividad vigente para la data de su causación.

Ahora, arguye la demandada, de forma genérica en el recurso presentado, que pretende la revocatoria de la condena alegando la indebida valoración de los pagos realizadas por la EPS COOMEVA y la prescripción, por lo que pasa la Sala a verificar dichos argumentos, de la siguiente manera:

En lo concerniente a la indebida valoración de los pagos realizados por la demandada, se encuentra que, en escrito de contestación de demanda, dentro de la excepción de mérito que denominó “**DEL PAGO DE LAS OBLIGACIONES DENUNCIADAS**”, indica que las obligaciones aquí reclamadas fueron pagadas, relacionando la siguiente información (Pág. 6 – Archivo 06):

EMPRESA	ORIGEN	ID	NOMBRE / COTIZANTE	No. INCAPACIDAD	FEC INICIO	FEC FINAL	DIAS SOLICITADOS	DIAS ACUMULADOS	No. NOTA CREDITO	VALOR	No. TRANSFERENCIA	ESTADO
Cámara De Representantes	Licencia Maternidad	59833157	Alba Nelcy Garcia Pabón	10909060	13/08/2017	16/12/2017	126	126	19050532	\$9.295.272	80000000717	PAGADA

Sin embargo, se precisa, frente a esta, que tan solo se hace alusión al pago de la licencia de maternidad de la demandante Alba Nelcy García Pabón, quien como se dejó claro, desde el inicio de las consideraciones de esta decisión, la absolución frente a las pretensiones de la misma, no fueron objeto de apelación.

Adicionalmente, frente a la documental que denomino en el acápite de pruebas en el numeral 4.2. “*Comprobantes de los pagos realizados en favor de **LA NACIÓN – CÁMARA DE REPRESENTANTES***”, obra en la Pág. 19 a 22 del Archivo 06, documental denominada “*TRANSFERENCIA DE FONDOS MASIVAS VÍA SEBRA*”; en la Pág. 23, Tabla de relación de números de Portafolios y valor de estos; y en la Pág. 24 a 25, relación del beneficiario MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO junto con fechas de pago y valores transferidos a las cuentas del BANCO DE LA REPÚBLICA y el BANCO AGRARIO.

Sin que, con la documental enunciada, se logre determinar que efectivamente las licencias de maternidad causadas por las señoras **Carolina González Pérez y Vanessa Paola Perea Puentes**, fueron reconocidas y pagadas a favor de la **CAMARA DE REPRESENTANTES**, como quiera que los pagos si bien son realizados de manera masiva, no lo es menos, que no se acredita el detallado de las sumas adeudadas, en donde se pueda determinar el pago de las obligaciones aquí perseguidas.

Teniendo en cuenta lo anterior, no habrá lugar a declarar probada la excepción de pago de la obligación conforme lo pretende la parte demandada a través de la

inconformidad planteada en el recurso de apelación contra la decisión de primera instancia.

En lo que concierne, a la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, sea del caso, traer a colación el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011³, el cual establece:

“ARTÍCULO 28. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.”

En concordancia con lo anterior, el artículo 151 del CPT y SS, prevé;

“ARTICULO 151. PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

De conformidad con lo anterior, el derecho a solicitar el reembolso de prestaciones económicas prescribe en el término de 3 años contados a partir de la data en que el empleador hizo el pago correspondiente, el cual podrá ser interrumpido por un término igual mediante el simple reclamo escrito del trabajador sobre el derecho debidamente determinado.

Para el caso particular, la licencia de maternidad reconocida a las trabajadoras: **Carolina González Pérez**, entre el 30 de junio al 2 de noviembre de 2018 y **Vanessa Paola Perea Puentes**, entre el 7 de junio al 10 de octubre de 2018, se tiene entonces, que para el caso de la señora González Pérez, finalizó su pago el **2 de noviembre de 2018**, y para la señora Perea Puentes, el **10 de octubre de 2018**, datas a partir de las cuales se hizo exigible el reembolso pretendido.

Por tanto, al haberse interpuesto la demanda el **19 de abril de 2021**, conforme se constata en acta de reparto, visible en la pág. 135 del Archivo 01, se evidencia, que el pago reclamado no se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción, al no haberse superado el término trienal previsto en la ley desde la exigibilidad del derecho.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS

³ ARTÍCULO 28. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.

Costas en esta instancia a cargo de **COOMEVA EPS EN LIQUIDACIÓN**, y a favor de la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 20° Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de septiembre de 2022.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COOMEVA EPS EN LIQUIDACIÓN** y a favor del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

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

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
(En uso de permiso)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Enlace expediente digital: [11001310502020210022101](https://www.cajacrisis.gov.co/consulta-expediente/11001310502020210022101)