



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 017-2020-00153-01**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de Dos Mil Veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: FERNANDO LOZANO BONILLA**  
**DEMANDADOS: COLPENSIONES Y PORVENIR**  
**ASUNTO : APELACIÓN PARTE DEMANDADA**

**SENTENCIA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 31° Laboral del Circuito de Bogotá el día 07 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las entidades accionadas, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 25 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

**FERNANDO LOZANO BONILLA** instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES** y la **AFP PORVENIR**, como aparece en el expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES**

- **DECLARAR** la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, por intermedio de la AFP PORVENIR S.A, por cuanto el mismo careció de información veraz, debido a la fraccionada e incompleta asesoría sobre los riesgos que debida asumir en el cambio de régimen pensional, al no haber sido clara, completa y comprensible.

#### **PRETENSIONES CONDENATORIAS.**

-**CONDENAR** a PORVENIR, a trasladar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los aportes realizados en el RAIS, junto con los rendimientos, frutos, intereses, cuotas de administración, gastos de administración, seguros y demás emolumentos.

-**CONDENAR** a COLPENSIONES a activar la afiliación en el régimen que administra y a recibir y registrar en la base de datos toda la información de los aportes pensionales.

-**CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez de conformidad con los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, una vez acredite los requisitos contemplados para su causación.

-Costas procesales.

#### **TRÁMITE PROCESAL**

El Juzgado de conocimiento, mediante auto dictado el 29 de julio de 2020, admitió el escrito de demanda y ordenó la notificación a las entidades accionadas - COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.-

#### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Colpensiones, contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, ya que no probó error, fuerza, dolo o falta de información para la calenda en que se afilió al mencionado régimen pensional. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, entre otras.

Por auto de fecha 20 de mayo de 2021, el Juzgado de origen admitió el escrito de defensa presentado por COLPENSIONES, en tanto tuvo por no contestada la demanda por parte de PORVENIR (Carpeta 8)

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 17 Laboral del circuito de Bogotá**, el día 07 de septiembre de 2022, profirió sentencia, en el siguiente sentido:

**“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, y prescripción, propuestas por COLPENSIONES, lo anterior según las razones expuestas.

**SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO** del señor FERNANDO LOZANO BONILLA identificado con la C.C. 19.421.645, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado inicialmente por Colpatria S.A., hoy PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

**TERCERO: DECLARAR** que el señor LOZANO BONILLA, se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que COLPENSIONES tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según lo analizado en precedencia.

**CUARTO: ORDENAR** a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del demandante señor LOZANO BONILLA, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, lo anterior con sus frutos e intereses, y devolver además los gastos y comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, los cuales deberán ser indexados con cargo a sus propias utilidades, según lo analizado en precedencia.

**QUINTO: ORDENAR COLPENSIONES** recibir el traslado de fondos que se efectúe a favor del demandante por parte PORVENIR S.A., y convalidarlos en su historia laboral.

**SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$1'000.000 M/Cte.

**SÉPTIMO: SE ORDENA CONSULTA** de esta sentencia a favor de COLPENSIONES.”

## RECURSO DE APELACIÓN

**COLPENSIONES**, inconforme con la decisión, solicitó la revocatoria de la sentencia solo respecto de la condena en costas, bajo el argumento que no tuvo injerencia en la decisión de traslado efectuado por el actor, sumado que para aceptar al asegurado en el régimen que administra se requería previamente una decisión judicial, que ordenara la ineficacia del traslado realizado al RAIS y el consecuente retorno al RPM

Entre tanto **PORVENIR S.A.**, alegó que el demandante era una persona capaz para la fecha en que decidió cambiarse de régimen pensional, por lo que a su juicio tuvo conocimientos que le permitieron adoptar una decisión libre, voluntaria e informada de afiliarse al RAIS. Adujo que, en el año 2004, se realizaron publicaciones, para que los asegurados pudieran retractarse de la afiliación, durante el periodo de gracia contemplado en la Ley 797 de 2003. Así mismo indicó que el demandante estaba inmerso dentro de una prohibición legal para retornar al RPM, como quiera que le hacía falta menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. Que el actor nunca probó los presupuestos legales para declarar la ineficacia de la actuación, o nulidad relativa o absoluta, aunado a que las características de cada régimen están contempladas en la norma. Finalmente señaló que, la indexación se torna improcedente, ya que los aportes generan una rentabilidad mínima, por lo que a su juicio no han perdido su valor adquisitivo.

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, efectuado por FERNANDO LOZANO BONILLA el día 23 de septiembre de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR SA, fondo en que estuvo afiliado, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, 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 COLPATRIA actualmente PORVENIR S.A. el 23 de septiembre de 1997 (fl. 40 de la carpeta 1 del expediente digital)

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

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

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

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

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

- 1-** Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2-** Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de

régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron: COLPENSIONES, historia laboral y expediente administrativo; entre tanto frente a la AFP PORVENIR S.A., el juzgado de origen tuvo por no contestado el escrito

inicial, empero requirió a la entidad para que incorporara el expediente del asegurado, entregando historial de vinculaciones, formulario de afiliación, certificado de vinculación a la mencionada corporación, relación histórica de movimientos, historia laboral consolidada, y datos del asegurado para liquidación de bono pensional, es decir, que el fondo demandado no allegó ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 23 de septiembre de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para tener el capital suficiente para conseguir 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.

Adicionalmente, el fondo privado en su interrogatorio solo afirma que, el asesor comercial brindó toda la información necesaria, empero no incorporó la hoja de vida del asesor, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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 septiembre de 1997, el demandante tenía 416.14 semanas al ISS ( f.53 de la carpeta 7), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 20 de diciembre de 1960 - folio 16 carpeta 1) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2022 (precisando que para el año 2020 fecha de expedición de historia laboral por PORVENIR SA, el demandante había cotizado 1,668 (f. 18POR) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera

igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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, el 23

de septiembre de 1997, la cual la 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, cabe precisar que respecto del demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, como quiera que la Corte consideró:

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

En tal sentido, aun cuando el actor estuviese en la prohibición legal prevista en la Ley 797 de 1993, toda vez que la petición de afiliación al RPM, la efectuó el 20 de diciembre de 019, en el presente asunto es claro que el retorno al mencionado régimen no lo deriva del tiempo de permanencia en RAIS o por haber cumplido con los 15 años de cotización, sino que este requerimiento lo pregona es de la declaratoria de la ineficacia del traslado efectuado al RAIS, el cual conforme a lo ya expuesto resulta dable declararla, ante la falta de cumplimiento del deber de información del Fondo, por lo que COLPENSIONES, deberá activar la afiliación del actor en el régimen que administra y recibir todos los dineros provenientes de la cuenta de ahorro individual.

Ahora, conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por 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)***

Cabe precisar, que, si bien los aportes pensionales generaron unos rendimientos financieros, no por ello se debe negar la indexación, ya que las comisiones y gastos de administración cobrados al demandante, si han perdido su valor adquisitivo, y no pueden retornar al RPM, en la misma cuantía, máxime cuando se repite el traslado al RAIS, no surtió ningún efecto por el incumplimiento del deber de información y durante la permanencia del afiliado al Régimen de Ahorro, la AFP si manejo y administro dichos dineros y obtuvo beneficios.

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.

### **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 DE PRIMERA INSTANCIA:**

En cuanto a la condena en costas que debe asumir COLPENSIONES, se debe indicar que, en los asuntos como el que nos ocupa *-nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional-* este rubro debe fijarse únicamente a cargo de los fondos de pensiones de carácter privado, ya que con su omisión han dado lugar a una multiplicidad de procesos, sin que en el asunto de marras, Colpensiones haya tenido injerencia en el acto jurídico que generó el traslado, como tampoco era la entidad competente para resolver sobre la ineficacia solicitada por el afiliado, por lo tanto la razón de su vinculación en el presente trámite, fue consecuencia jurídica de la omisión del fondo de pensiones y en esa medida debe ser revocada la providencia, para en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de la condena impuesta por el Juzgado de origen.

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

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante AFP PORVENIR S.A., habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, y a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR LOS NUMERALES PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO Y QUINTO** de la sentencia proferida el 07 de septiembre de 2022, por el Juzgado 17 Laboral el Circuito de Bogotá, conforme se expuso.

**SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SEXTO DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y CONSULTADA**, en el entendido de ABSOLVER a COLPENSIONES de la condena en costas causadas durante el trámite de la primera instancia.

**TERCERO: CONDENAR** en costas en esta instancia a la AFP PORVENIR S.A., fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, y a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP

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~~  
*Salvo voto*

  
Aclaro voto  
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

[17-2020-00153-01](#)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,D.C.  
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO DE FRENANDO LOZANO BONILLA CONTRA ADMINISTRADO COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y AFP PORVENIR S.A.

*Magistrado Ponente: Marceliano Chavéz Ávila*

*Paso a referirme a los motivos por los cuales me aparto de la decisión mayoritaria que revocó las costas de primera instancia a cargo de Colpensiones y la absolvió de las mismas en segunda instancia.*

*las costas son la erogación económica que le corresponde asumir al litigante que resulte vencido en el proceso, las cuales están conformadas por las expensas y las agencias en derecho, que, en cuanto a este último rubro, también ha sido pacífico el criterio, que corresponden a “(...) la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aún cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho. No obstante, como lo señalan los intervinientes y lo ha explicado la propia Corte, esos valores son decretados a favor de la parte y no de su representante judicial, sin que deban coincidir con los honorarios pactados entre ésta y aquel (CC C-089-02)”.*

*Como se explicó en dicha decisión de la Corte Constitucional, cuando se refirió a las reglas de la imposición de las costas en el antiguo CPC, pero que el legislador procesal siguió derroteros idénticos en el CGP, para la aplicación de esta institución se sigue un criterio objetivo, “(...) pues “se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento”, sino también para la determinación de aquellas en cada uno de sus componentes, siguiendo en este punto la teoría moderna procesal pues, como lo señala Chioyenda, “la característica moderna del principio de condena en costas consiste precisamente en hallarse condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni al comportamiento del vencido (mala fe o culpa)”. En efecto, aún cuando el carácter de costas*

*judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, y la forma en que se efectuó<sup>51</sup>, su cuantificación está sujeta a criterios previamente establecidos por el legislador, quien expresamente dispuso que “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*

*Así, que el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:*

*“(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.*

*Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200).*

*Se insiste, en que el criterio de la imposición de las costas es objetivo, por cuanto ellas tienen como propósito indemnizar por los gastos y quebrantos económicos sufridos por la parte que injustamente es llevada al proceso, o, en otras palabras, resarcir de alguna manera los gastos realizados por quien tuvo la necesidad de acudir al aparato jurisdiccional en defensa de sus derechos, que al final le fueron reconocidos, o al contrario, reconocerle al convocado al proceso, esas mismas erogaciones que tuvo que soportar para ejercer su defensa contra las pretensiones.*

*En este caso, es cierto que la demandada Colpensiones no intervino en la operación de traslado de régimen pensional cuya ineficacia solicitó la parte actora por la falta de información veraz y suficiente en que incurrió la administradora del RAIS, pero ello no es exculpativo de asumir las costas, pues*

*olvida la mayoría de la Sala, que la entidad pública participó activamente en la oposición de las pretensiones de la demanda, esto es, que desde el principio ejerció contradicción contra los pedimentos del demandante, tratando de descartar los elementos que habilitan esa ineficacia, y por tal razón, sumó su posición a la de la AFP, para intentar aplacar los derechos del promotor del litigio. Y tal sentido, la parte actora, tuvo que sufragar unos gastos para hacer ver al juzgador que la oposición tanto de la entidad pública como del organismo privado no se acompasaban con el criterio jurídico imperante en este tema.*

*No es simplemente que la entidad pública, objetivamente no tenga mayor incidencia en la época en que la parte actora llevó a cabo el traslado de régimen, sino verificar cómo se comportó en el momento de ser convocada al proceso, porque, si su actuación es la normal a todo demandado, consistente en presentar excepciones de mérito que contrarresten las pretensiones, incluso excepciones previas, y en general, hacer oposición en toda la instancia con los mecanismos ordinarios, lo cual implica un desgaste procesal y económico para el demandante, es claro que, por ese ejercicio del litigante vencido, tendrá que asumir el resarcimiento a quien salió victorioso.*

*Lo objetivo es que el litigante vencedor, si se produce una estimación total de su demandada, o si habiendo sido demandado resulta absuelto, tendrá derecho a percibir las costas de la parte contraria, recuperando así, en parte, lo que abonó en esa actividad; solo si la estimación o desestimación de las pretensiones es parcial, o si se presentan serias dudas sobre la actividad procesal del litigante victorioso, es plausible dejar que cada litigante asuma sus propios gastos, pero mientras se pueda verificar la oposición de la parte vencida, a ésta se le tendrán que imponer las costas, como ocurre en este caso, en donde no resulta lógico ni razonable que Colpensiones, precisamente, al no haber participado en el traslado inicial de régimen pensional, en el proceso se haya opuesto con toda intensidad a la prosperidad de las pretensiones de ineficacia, generando, se reitera, unos gastos de apoderamiento y defensa de sus derechos en la parte actora, que deben ser resarcidos.*

*Entonces, como es inescrutable, que Colpensiones fungió como parte dentro del proceso al oponerse a las pretensiones y formulando excepciones de fondo,*

*tanto, que recurrió la decisión de primera instancia, para obtener la revocatoria total de la decisión de primera instancia, debe correr con las costas por su actuación. De otra parte esta exoneración viola el principio de igualdad procesal de las partes.*

*Dejo así a salvo el voto.*

*Miller Esquivel Gaitán*

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Fernando Lozano Bonilla  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**017-2020-00153-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, 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: **e04b69daede01be70b6cc859105a949a7bf4dfc18168cf6643c90dd9be4ffe62**

Documento generado en 28/04/2023 10:01:20 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. 07-2020-00069-01**

Bogotá D.C., abril 28 de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: HERMAN RINCON CUELLAR**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES; UGPP; AFP PORVENIR S.A.; y AFP COLFONDOS SA.**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN: PORVENIR Y COLPENSIONES/ CONSULTA COLPENSIONES**

Previo a proferir el fallo de segundo grado, se reconoce personería para actuar a NEDY JOHANNA DALLOS PICO CC 1.019.135.990 y TP N°373.640 del CSJ, abogada inscrita en la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS SAS, como apoderada especial de la AFP PORVENIR SA, conforme al poder y certificación de representación que se anexa. Se reconoce personería a JHEISSON SANTIAGO GARZON PIAMONTE CC 1018435921 y TP 277810 del CSJ según sustitución efectuada por CLAUDIA LILIANA VELA CC 65701.747 y TP 123.148 del CSJ como representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS SAS a quien Colpensiones otorgó poder general que se adjunta.

Notifíquese por anotación en estado.

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Ponente.

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 de las demandadas AFP PORVENIR SA y COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El demandante, Colpensiones y Porvenir a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 12 de diciembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

**HERMAN RINCON CUELLAR** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR SA, AFP COLFONDOS SA; y la UGPP como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo el demandante **HERMAN RINCON CUELLAR** del RPM AL RAIS, efectuado a través de las demandadas, ante la omisión de los fondos de dar el consentimiento suficientemente informado, y que para todos los efectos legales nunca estuvo afiliado a los fondos COLFONDOSY PORVENIR, y que está inscrito en el RPM administrado por Colpensiones.

Condenar a Colpensiones a aceptar el traslado de régimen pensional del señor **HERMAN RINCON CUELLAR** y que fue radicado el 3 de diciembre de 2019.

Condenar a Colfondos a trasladar a Colpensiones el valor total de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante.

-Que se condene a las demandadas en costas, y ultra y extrapetita.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Admitida la demanda mediante auto de diciembre 16 de 2020 aclarado mediante auto de marzo 15 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la

demanda en tiempo, como consta en auto de marzo 2 de 2022, se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 7 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 6 de septiembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación y traslado de **HERMAN RINCON CUELLAR** del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por AFP PORVENIR el 20 de octubre de 1997; **ORDENAR** A Colfondos trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta el traslado al RPM administrado por Colpensiones.

**ORDENAR** Colfondos y Porvenir devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, concediéndole 30 días a partir de la ejecutoria de la sentencia.

**ORDENO** a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliado al RPM desde su afiliación inicial al ISS. **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones, porvenir y Colfondos.

Condeno en costas a los fondos demandados. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a AFP Porvenir, y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES:** Asegura que la carga de la prueba correspondía al demandante al tenor de lo normado en el artículo 167 del CGP, y no demostró ninguna de las causales para anular o declarar ineficaz la afiliación, como era demostrar el error, la fuerza, o el dolo que habrían sido inducidos por los fondos privados, situaciones en las que nada tuvo que ver Colpensiones. En cuanto a la condena en costas y agencias en derecho constituye un detrimento patrimonial a Colpensiones, pues nada tuvo que ver con los hechos motivo de la ineficacia; solicita revocar la sentencia y absolver a Colpensiones.

AFP PORVENIR SA apela la decisión solicitando revocar la sentencia, pues considera que no se puede aplicar la línea jurisprudencial de ineficacia del traslado,

pues el demandante se trasladó en el año 1997 a Porvenir de manera voluntaria, libre y consciente, y de manera informada como lo confeso en el interrogatorio de parte. Porvenir la brindo la información suficiente al momento del traslado como lo exigía la ley; pues pudiendo afiliarse en 1997 a Colpensiones o a cualquier otro fondo, opto por vincularse a Porvenir de manera libre y voluntaria.

El formulario debidamente firmado por el afiliado en 1997, era por disposición legal la aceptación del consentimiento informado, ya que las leyendas impresas en el formulario así lo establecían por disposición legal. El demandante estaba obligado a conocer las condiciones de vinculación a dicho régimen.

Tanto en el RPM como en el RAIS, se establece que el 3% de los aportes para los gastos de administración y los seguros previsionales, no se puede ordenar su devolución, pues estas sumas se pagan precisamente para que los aportes produzcan rendimientos financieros que se está ordenando devolver.

Los gastos de administración fueron destinados legalmente al manejo de los aportes, y las primas de seguros previsionales debidamente cancelados a las aseguradoras, que cumplieron con el aseguramiento del riesgo, y no se puede ordenar su devolución, pues ya se extinguieron.

Respecto a la orden de indexar estas sumas se debe aplicar la compensación con los rendimientos financieros que se ordena devolver, superando con creces los gastos de administración y las primas de seguros previsionales.

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 **HERMAN RINCON CUELLAR** el día 20 de octubre de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA , y los demás fondos en que estuvo afiliado el demandante, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, 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 SA el 20 de octubre de 1997 (f.93 demanda); luego el 30 de julio de 2009 se trasladó a AFP COLFONDOS SA (f.94 demanda).

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

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

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

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la

relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas*

*del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aportó: el formulario de afiliación, certificado de egresado, historia laboral, reporte histórico de

movimientos, relación de aportes, respuesta a solicitud, respuesta a petición, SIAFP, consulta Asofondos. Concepto SIF, comunicado de prensa; COLFONDOS; no aportó pruebas; UGPP: certificación indicando que no reposa transferencia de documentos pensionales a nombre del demandante.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 20 de octubre de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado 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 20 de octubre de 1997, el demandante tenía 309 semanas ( f.119 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 22 de febrero de 1957 f.76 demanda expediente digital) 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 Colfondos SA, el demandante había cotizado 1,039 semanas, (f.119 demanda) 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 AFP PORVENIR SA

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 20 de octubre de 1997, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP COLFONDOS SA Y PORVENIR S.A. tampoco lograron 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, en cuanto a la inconformidad de las apelantes respecto a la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, se confirmara 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 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.

#### **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:**

La apelación de Colpensiones muestra inconformidad con la condena en costas por parte del a quo, y solicita se absuelva a Colpensiones ya que no participo en el negocio jurídico de traslado que se declara ineficaz. En efecto el artículo 365 del CGP en su ordinal 1 establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; el ordinal 5 establece que cuando prospere parcialmente la demanda el juez podrá abstenerse de condenar en costas, o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión; y de igual manera el ordinal 8 establece que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Para el caso presente se pretendió la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del RPM al RAIS, por haber faltado la AFP PORVENIR SA al deber de información, pretensión que salió avante, y en la cual no medio ninguna participación de Colpensiones en el negocio jurídico que se dejó sin efecto, por tanto no habrá lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones, por lo que se accederá parcialmente a lo solicitado por la apelante Colpensiones. Por tanto se revocaran las costas impuestas en primera instancia a cargo de Colpensiones.

Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor del demandante. Inclúyanse 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 LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2022 por el Juzgado 7° Laboral el Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: Se REVOCAN** las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones, por las razones expuestas. **COSTAS** en esta instancia a cargo de AFP PORVENIR SA, fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor del demandante.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



**Aclaro voto**

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**MILLER ESQUIVEL GAITAN**  
*Magistrado*  
*Salvo voto*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO DE HERNÁN RINCÓN CUELLAR CONTRA ADMINISTRADO COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, UGPP, AFP PORVENIR S.A. Y COLFONDOS

*Magistrado Ponente: Marceliano Chavéz Ávila*

*Paso a referirme a los motivos por los cuales me aparto de la decisión mayoritaria que revocó las costas de primera instancia a cargo de Colpensiones y la absolvió de las mismas en segunda instancia.*

*las costas son la erogación económica que le corresponde asumir al litigante que resulte vencido en el proceso, las cuales están conformadas por las expensas y las agencias en derecho, que, en cuanto a este último rubro, también ha sido pacífico el criterio, que corresponden a “(...) la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aún cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho. No obstante, como lo señalan los intervinientes y lo ha explicado la propia Corte, esos valores son decretados a favor de la parte y no de su representante judicial, sin que deban coincidir con los honorarios pactados entre ésta y aquel (CC C-089-02)”.*

*Como se explicó en dicha decisión de la Corte Constitucional, cuando se refirió a las reglas de la imposición de las costas en el antiguo CPC, pero que el legislador procesal siguió derroteros idénticos en el CGP, para la aplicación de esta institución se sigue un criterio objetivo, “(...) pues “se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento”, sino también para la determinación de aquellas en cada uno de sus componentes, siguiendo en este punto la teoría moderna procesal pues, como lo señala Chioyenda, “la característica moderna del principio de condena en costas consiste precisamente en hallarse condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni al comportamiento del vencido (mala fe o culpa)”. En efecto, aún cuando el carácter de costas*

*judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, y la forma en que se efectuó<sup>51</sup>, su cuantificación está sujeta a criterios previamente establecidos por el legislador, quien expresamente dispuso que “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*

*Así, que el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:*

*“(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.*

*Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200).*

*Se insiste, en que el criterio de la imposición de las costas es objetivo, por cuanto ellas tienen como propósito indemnizar por los gastos y quebrantos económicos sufridos por la parte que injustamente es llevada al proceso, o, en otras palabras, resarcir de alguna manera los gastos realizados por quien tuvo la necesidad de acudir al aparato jurisdiccional en defensa de sus derechos, que al final le fueron reconocidos, o al contrario, reconocerle al convocado al proceso, esas mismas erogaciones que tuvo que soportar para ejercer su defensa contra las pretensiones.*

*En este caso, es cierto que la demandada Colpensiones no intervino en la operación de traslado de régimen pensional cuya ineficacia solicitó la parte actora por la falta de información veraz y suficiente en que incurrió la administradora del RAIS, pero ello no es exculpativo de asumir las costas, pues*

*olvida la mayoría de la Sala, que la entidad pública participó activamente en la oposición de las pretensiones de la demanda, esto es, que desde el principio ejerció contradicción contra los pedimentos del demandante, tratando de descartar los elementos que habilitan esa ineficacia, y por tal razón, sumó su posición a la de la AFP, para intentar aplacar los derechos del promotor del litigio. Y tal sentido, la parte actora, tuvo que sufragar unos gastos para hacer ver al juzgador que la oposición tanto de la entidad pública como del organismo privado no se acompasaban con el criterio jurídico imperante en este tema.*

*No es simplemente que la entidad pública, objetivamente no tenga mayor incidencia en la época en que la parte actora llevó a cabo el traslado de régimen, sino verificar cómo se comportó en el momento de ser convocada al proceso, porque, si su actuación es la normal a todo demandado, consistente en presentar excepciones de mérito que contrarresten las pretensiones, incluso excepciones previas, y en general, hacer oposición en toda la instancia con los mecanismos ordinarios, lo cual implica un desgaste procesal y económico para el demandante, es claro que, por ese ejercicio del litigante vencido, tendrá que asumir el resarcimiento a quien salió victorioso.*

*Lo objetivo es que el litigante vencedor, si se produce una estimación total de su demandada, o si habiendo sido demandado resulta absuelto, tendrá derecho a percibir las costas de la parte contraria, recuperando así, en parte, lo que abonó en esa actividad; solo si la estimación o desestimación de las pretensiones es parcial, o si se presentan serias dudas sobre la actividad procesal del litigante victorioso, es plausible dejar que cada litigante asuma sus propios gastos, pero mientras se pueda verificar la oposición de la parte vencida, a ésta se le tendrán que imponer las costas, como ocurre en este caso, en donde no resulta lógico ni razonable que Colpensiones, precisamente, al no haber participado en el traslado inicial de régimen pensional, en el proceso se haya opuesto con toda intensidad a la prosperidad de las pretensiones de ineficacia, generando, se reitera, unos gastos de apoderamiento y defensa de sus derechos en la parte actora, que deben ser resarcidos.*

*Entonces, como es inescrutable, que Colpensiones fungió como parte dentro del proceso al oponerse a las pretensiones y formulando excepciones de fondo,*

*tanto, que recurrió la decisión de primera instancia, para obtener la revocatoria total de la decisión de primera instancia, debe correr con las costas por su actuación. De otra parte esta exoneración viola el principio de igualdad procesal de las partes.*

*Dejo así a salvo el voto.*

*Miller Esquivel Gaitán*

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Herman Rincón Cuellar  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**007-2020-00069-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, 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: **3693bdf10ab5f2347a4f82e6788eda264748a0f0581a36d8c0f0fc9e1ed9d881**

Documento generado en 28/04/2023 10:01:22 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. 032-2019-00779-01**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: MARIO HERNANDO RODRIGUEZ MELO**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP COLFONDOS 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 concedido a favor de la mentada entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el día 06 de octubre de 2022 , en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes no presentaron alegaciones, pese a lo ordenado en auto del 2 de noviembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

**MARIO HERNANDO RODRIGUEZ MELO** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

## **PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES**

- **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, por intermedio de la AFP COLFONDOS S.A., en el mes de marzo de 2001.

-**DECLARAR** que para todos los efectos legales nunca se traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

-**DECLARAR** que COLFONDOS debe restituir y/o trasladar el capital contentivo en la cuenta pensional al régimen que administra COLPENSIONES.

## **PRETENSIONES DECLARATIVAS SUBSIDIARIAS**

-**DECLARAR** la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, por intermedio de la AFP COLFONDOS S.A., en el mes de marzo de 2001.

## **PRETENSIONES CONDENATORIAS.**

-**CONDENAR** a COLFONDOS S.A., a trasladar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los aportes realizados en el RAIS, junto con los rendimientos, saldos y sumas adicionales, debidamente indexados.

-**CONDENAR** a COLPENSIONES a activar la afiliación en el régimen que administra y a recibir y registrar en la base de datos toda la información de los aportes pensionales.

-Costas procesales.

## **TRÁMITE PROCESAL**

El Juzgado de conocimiento, mediante auto dictado el 14 de febrero de 2020, admitió el escrito de demanda y ordenó la notificación a las entidades accionadas -COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.-

## **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Colpensiones, contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que el afiliado realizó el traslado de manera libre y voluntaria, luego de haber recibido el asesoramiento correspondiente, además de considerar que hubo negligencia del demandante ya que nunca consultó su situación pensional. Alegó las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social entre otras. En igual sentido se pronunció COLFONDOS S.A., como quiera que adujo haber impartido la información necesaria y suficiente para la calenda en que se efectuó el traslado de régimen pensional (carpeta 2 y 5)

Por autos de fechas 29 de septiembre de 2021 y 2 de junio de 2022, respectivamente, se admitieron los escritos de defensa presentados por COLFONDOS S.A., y COLPENSIONES (Carpeta 3 y 11)

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 32 Laboral del circuito de Bogotá**, el día 06 de octubre de 2022, profirió sentencia, en el siguiente sentido:

***“PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.*

***SEGUNDO.- DECLARAR** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante **MARIO HERNANDO RODRÍGUEZ MELO** a través de **COLFONDOS S.A.**, de fecha 1 de marzo de 2001.*

***TERCERO.-** Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada **COLFONDOS S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el **DEMANDANTE***

*estuvo afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **COLFONDOS S.A.** con cargo a sus propios recursos.*

**CUARTO.- ORDENAR** a la demandada **COLPENSIONES** a recibir al demandante **MARIO HERNANDO RODRÍGUEZ MELO** como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

**QUINTO.- CONDENAR** en costas a la demandada **COLFONDOS S.A.** y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de **COLPENSIONES**.

**SEXTO.-** En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada **COLPENSIONES** remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”

### **RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES**, inconforme con la decisión, solicitó la revocatoria de la sentencia, bajo el argumento, que el demandante se encontraba inmerso en la prohibición legal prevista en la Ley 797 de 2003, como quiera que para la fecha en que radico la solicitud de traslado, le hacían falta menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, sumado a que para la calenda en que entró en vigencia el sistema de seguridad social integral, no contaba con 15 años de cotización, para trasladarse en cualquier tiempo, y no demostró cumplir con el estudio de rentabilidad previsto por la sentencia SU-062 de 2010. Finalmente indicó que se desconoció el principio de relatividad jurídica, ya que fue un tercero ajeno en el acto de afiliación realizado por el actor al RAIS, además que los actos jurídicos tienen efectos interpartes, por lo que no puede verse afectada o beneficiada de aquel acto que suscribió el accionante con el fondo privado.

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 COLPENSIONES, esta en la obligación de activar la afiliación del actor y recibir todos los dineros provenientes de la cuenta de ahorro individual.

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 COLFONDOS S.A. el 1 de marzo de 2001 (fl. 34 de la carpeta 2 del expediente digital)

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

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

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

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

**2-Línea jurisprudencial** que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

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

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

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

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

**10-**Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron: COLPENSIONES, historia laboral y expediente administrativo; entra tanto la AFP COLFONDOS SA incorporó: historial de vinculaciones y un artículo de prensa (folio 33 y 34 del cuaderno 2), es decir, que el fondo demandado no allega ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 de marzo 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 afirma en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindó toda la información necesaria, empero 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, aunado a que allegan un documento contentivo de unas políticas de asesoramiento, empero no se evidencia que las mismas hayan sido impartidas al actor, para la fecha en que se efectuó el traslado, ya que no cuenta con recibido, ni da cuenta de la calenda de su elaboración y entrega; 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 1 de marzo de 2001, el demandante tenía 720, 14 semanas ( f.46 de la carpeta 5), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 22 de octubre de 1962 -folio 17) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2023 (precisando que para el año 2019 fecha de expedición de historia laboral por Colfondos SA, el demandante había cotizado 1,646 (f. 23) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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 COLFONDOS, el 1 de marzo de 2001, la cual la 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, cabe precisar que respecto del demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, como quiera que la Corte consideró:

*(...) 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. (...)”*

En tal sentido, aun cuando el actor estuviese en la prohibición legal prevista en la Ley 797 de 1993, toda vez que la petición de afiliación al RPM, la efectuó el 16 de septiembre de 2019, en el presente asunto es claro que el retorno al mencionado régimen no lo deriva del tiempo de permanencia en RAIS o por haber cumplido con los 15 años de cotización, sino que este requerimiento lo pregona es de la declaratoria de la ineficacia del traslado efectuado al RAIS, el cual conforme a lo ya expuesto resulta dable declararla, ante la falta de cumplimiento del deber de información del Fondo, por lo que COLPENSIONES, deberá activar la afiliación del actor en el régimen que administra y recibir todos los dineros provenientes de la cuenta de ahorro individual.

Ahora, conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por 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 CONFIRMARÁ 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:**

Sin costas en esta instancia.

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

#### **RESUELVE**

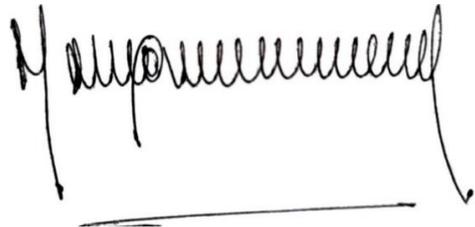
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 06 de octubre de 2022 por el Juzgado 32 Laboral el Circuito de Bogotá, conforme se expuso.

**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 GAITÁN**



Aclaro voto  
**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

[05-2020-00394-01](#)

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Mario Hernando Rodríguez Melo  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**032-2019-00779-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, 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: **be0b8f9f5ed11eacc843538cc65474a71f7e7af63a02eb6aa8e554006e7fc7c0**

Documento generado en 28/04/2023 10:01:22 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. 28-2020-00276-01**

Bogotá D.C., abril 28 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **DORIS REBOLLO SASTOQUE**  
DEMANDADO: **COLPENSIONES**  
**AFP PROTECCION SA.**  
ASUNTO: **APELACIÓN Y 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 su favor, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La demandante a través de su procurador judicial, presenta alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 4 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

**DORIS REBOLLO SASTOQUE** instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES** y **AFP PROTECCION SA** como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare que Protección incumplió el deber de información en el traslado de régimen pensional de **DORIS REBOLLO SASTOQUE**, declarar que la demandante siempre ha permanecido en el RPM.

-Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado del RPM al RAIS efectuado por **DORIS REBOLLO SASTOQUE** administrado por DAVIVIR hoy AFP PROTECCION SA.

-Condenar a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPM y recibir los dineros de Protección.

Condenar a Colpensiones a reconocer el valor de la pensión de vejez a **DORIS REBOLLO SASTOQUE** una vez cumplidos los requisitos.

-Que se condene a las demandas en costas, y ultra y extrapetita.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de octubre 23 de 2020, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de septiembre 8 de 2021, se oponen a las pretensiones y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 28 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 14 de septiembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen de **DORIS REBOLLO SASTOQUE** del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por AFP PROTECCION SA el 1 de junio de 1998. En consecuencia declarar como afiliación válida la realizada al RPM administrado hoy por Colpensiones.

Condeno a AFP PROTECCION SA a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivientes, contenidos en la cuenta de ahorro individual de **DORIS REBOLLO SASTOQUE**.

Condenar a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPM, y actualizar su historia laboral. Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, Costas a Colpensiones y Protección. **CONCEDIÓ** recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a Colpensiones.

## RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES: DAVIVIR Apela la decisión manifestando que es totalmente ajena al negocio jurídico celebrado entre el demandante y DAVIVIR hoy PROTECCION; y Colpensiones no puede verse afectado al tener que recibir la carga prestacional del demandante. En el año 1998 se cumplieron todos los requisitos que se exigían para el traslado en esa época. Al ordenarse la devolución a Colpensiones se afecta gravemente la estabilidad financiera de Colpensiones, no teniendo en cuenta el fallo lo establecido en el AL 01 de 2005 sobre este precepto. Solicita revocar el fallo, y mantener la afiliación realizada en 1998.

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 DAVIVIR hoy AFP PROTECCION SA efectuado por **DORIS REBOLLO SASTOQUE** el día 16 de abril de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PROTECCION SA, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP DAVIVIR HOY AFP PROTECCION SA (F- 28 demanda).

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

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la

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

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

**2-Línea jurisprudencial** que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la

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

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

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

- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia labora; AFP PROTECCION SA: apporto AS400, movimiento de cuenta de ahorros, SIAFP, formulario de afiliación a DAVIVIR, historia laboral Protección, historia laboral bono pensional, respuestas a peticiones de la demandante, concepto SIF , comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 16 de abril de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y

la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

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

Claramente para el momento del traslado abril 16 de 1998, la demandante tenía 644.71 semanas ( f.30 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 15 de agosto de 1958 f.25 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 20215 (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de historia laboral por Protección, la demandante había cotizado 1.733.71 semanas, (f.30 demanda) 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 AFP SKANDIA 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 DAVIVIR hoy PROTECCION S.A, el 16 abril de 1998, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PROTECCION S.A. no 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, y en grado jurisdiccional de consulta en 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 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 el fondo en que estuvo afiliada la 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 ADICIONARA 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:**

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 14 de septiembre de 2022 por el Juzgado 28 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PROTECCION SA junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, devolverá 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

PROTECCION SA durante el lapso que estuvo vinculada, 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.



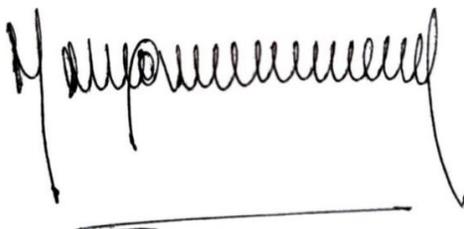
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



**Aclaro voto**

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**MILLER ESQUIVEL GAITAN**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Doris Rebollo Sastoque  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**028-2020-00276-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, 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: **c05cba4d137c1ecbcc647b4426b802879925b40d942b6b1af35e28f53ebf010e**

Documento generado en 28/04/2023 10:01:26 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. 26-2020-00344-01**

Bogotá D.C., abril 28 de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: DARIO RODRIGUEZ VANEGAS**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES; AFP PROTECCION S.A; Y NACION**  
**MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO**  
**(Litisconsorte Necesario)**  
**ASUNTO: CONSULTA COLPENSIONES**

Previo a proferir el fallo de segundo grado, se reconoce personería para actuar a ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES CC 37627008 y TP 221228 del CSJ según sustitución efectuada por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA a quien Colpensiones otorgó poder general que se adjunta.

Notifíquese por anotación en estado.

MARCELIANO CHAVEZ AVILA  
Ponente.

Acto seguido se procede a dictar la correspondiente SENTENCIA:

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia

proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 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 26 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

**DARIO RODRIGUEZ VANEGAS** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PROTECCION SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada por **DARIO RODRIGUEZ VANEGAS**, por faltar la AFP PROTECCION SA al deber de información y declarar que nunca se trasladó al sistema privado de pensiones.

-Condenar a PROTECCION SA a registrar como ineficaz la afiliación del demandante.

Condenar a Protección SA a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

Condenar a Colpensiones a activar la afiliación del actor, y recibir la totalidad de los aportes a pensión, incluidos los rendimientos, bonos o títulos a que haya lugar.

-Que se condene a las demandas en costas, y ultra y extrapetita.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Admitida la demanda mediante auto de febrero 24 de 2021, fue notificada a las demandadas, quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de julio 8 de 2021, donde vinculan a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público como litisconsorte necesario, se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito. Mediante auto de enero 18 de 2022 se tiene por contestada la demanda por el ministerio de Hacienda y crédito Público.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 26 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 13 de septiembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **DARIO RODRIGUEZ VANEGAS** al RAIS; y **CONDENO** a AFP PROTECCION SA a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin lugar a descuento alguno por concepto de administración. **CONDENO** a AFP PROTECCION SA a transferir o reintegrar a la NACION-MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, el valor correspondiente al bono pensional tipo A, redimido respecto al demandante, el cual debe ser pagado en forma actualizada y debidamente indexado al moneo del pago. Condenar a Colpensiones a aceptar la transferencia y contabilizar para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante. Declaro no probadas las excepciones propuestas

Condeno en costas a Protección; **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

### **CONSULTA**

Como quiera que la decisión no fue apelada, procede 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 COLMENA, hoy PROTECCION S.A., efectuado por **DARIO RODRIGUEZ VANEGAS** el día 5 de noviembre de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PROTECCION SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, 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 COLMENA SA el 5 de noviembre de 1995 (f.102 demanda); luego el 10 de abril de 1996 se trasladó a AFP PROTECCION SA (f.106 demanda).

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

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

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

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852

de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

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

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

brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia laboral; AFP PRPTECCION SA aportó: el formulario de afiliación, AS400, movimiento cuenta de ahorros, certificado bono pensional, resumen historia laboral OBP, SIAFP, reasesoría pensional, respuesta a petición, políticas para ejecutivos, concepto SIF de octubre de 2015, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 5 de noviembre de 1995, fecha

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

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado 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 5 de noviembre de 1995, el demandante tenía 789 semanas ( f.74 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 16 de diciembre de 1957 f.15 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al tener las semanas requeridas (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de historia laboral por Protección SA, el demandante había cotizado 1,487 semanas, (f.74 demanda) 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 AFP PROTECCION SA

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 COLMENA S.A., el 5 de noviembre de 1995, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PROTECCION 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, en cuanto al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se debe establecer respecto a la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, que 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 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.

#### **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:**

No hay lugar a condena en costas.-

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 13 de septiembre de 2022 por el Juzgado 26° Laboral el Circuito de Bogotá, en cuanto a que la AFP PROTECCION SA debe devolver debidamente indexados, los gastos de administración, primas de seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima a Colpensiones, 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.



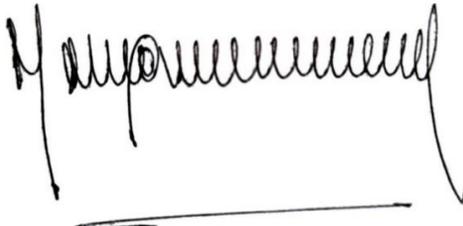
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



**Aclaro voto**

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**MILLER ESQUIVEL GAITAN**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Darío Rodríguez Vanegas  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**026-2020-00344-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, 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: **9988aa5bc9e258730a9a2b685fe4403a519e7ad9b53698c160bb4bd420281f96**

Documento generado en 28/04/2023 10:01:21 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. 24-2020-00348-01**

Bogotá D.C., Abril 28 de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: AMPARO TORRES MARTINEZ**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR S.A**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN DE LAS PARTES, Y CONSULTA**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por las partes, lo mismo que el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Colpensiones y la parte demandante, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 4 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

**AMPARO TORRES MARTINEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare que la nulidad o ineficacia del traslado de **AMPARO TORRES MARTINEZ** al RAIS administrado por Porvenir SA por falta al deber de información.
- Condenar a PORVENIR SA a trasladar a Colpensiones a **AMPARO TORRES MARTINEZ sin** solución de continuidad en el RPM.
- Se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos, bono pensional, los demás dineros aportados por **AMPARO TORRES MARTINEZ**.
- Que se condene a las demandas ultra y extrapetita y costas.

## CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de agosto 4 de 2022, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda Colpensiones y Porvenir SA en tiempo como consta en auto de agosto 11 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 24 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia de agosto 22 de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación o traslado del RPM al RAIS efectuado por **AMPARO TORRES MARTINEZ** a la AFP Colpatria hoy Porvenir SA el 1 de agosto de 2000.

Declaro que para todos los efectos legales **AMPARO TORRES MARTINEZ** nunca se vinculó al RAIS.

ORDENO a Porvenir trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **AMPARO TORRES MARTINEZ** como cotizaciones, bonos pensionales con sus frutos e intereses, esto es la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de

garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados.

Ordeno a Colpensiones recibir a **AMPARO TORRES MARTINEZ como** su afiliada, actualizar su historia laboral, una vez reciba los dineros de Porvenir SA.

Declaro no probadas las excepciones. No impuso costas.

**CONCEDIÓ** recurso de apelación a las partes, y el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante manifiesta su inconformidad, solo con la no condena en costas a las demandadas, ya que se opusieron a la demanda y propusieron excepciones, y conforme lo establece el CGP al ser vencidos en juicio deben ser condenadas en costas.

PORVENIR: Apela la decisión parcialmente solicitando revocar el numeral 3° en lo atinente a la devolución de bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima de manera indexada; ya que no encuentra causales que invaliden la afiliación o traslado para el año 2000, al haber cumplido lo exigido en la ley, como era la firma del formulario con la anotación de hacerlo de manera libre y voluntaria y sin presiones.

En cuanto al bono pensional no se ha reconocido y no hace parte de la cuenta pensional de la demandante.

La comisión para el fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración no hacen parte de los recursos que financian la pensión de la demandante, y los mismos son descontados en los dos regímenes.

COLPENSIONES. Manifiesta la apoderada que los actos jurídicos surten efecto inter partes, y Colpensiones no tuvo nada que ver en el traslado que efectuó la demandante a Porvenir. Solicita no condenar a Colpensiones a recibir a la demandante, pues con esta decisión se afectaría gravemente la estabilidad financiera de Colpensiones. En caso que se decida confirmar la sentencia, solicita ordene a Porvenir pagar los perjuicios económicos que se generen por Colpensiones, pues quien causa el daño es quien debe reparar, y no un tercero como es Colpensiones en el negocio jurídico de traslado que se declara ineficaz..

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 del RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., efectuado por **AMPARO TORRES MARTINEZ** el día 1 de agosto de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR SA, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 16 de junio de 2000 con efectividad agosto 1 de 2000 (f.45 demanda).

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 los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aportó: Historia laboral, relación de movimientos, certificado de afiliación, comunicación de octubre 7 de 2020, formulario de afiliación a Colpatria, bono pensional, historia laboral de bono, consulta de viabilidad, historial de vinculaciones, comunicado de prensa y Concepto SIF 2019.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 de agosto de 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

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

información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado agosto 1 de 2000, la demandante tenía 257 semanas ( f.46 demanda expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 16 de abril de 1964 f.29 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en 2021 (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.289 semanas, (f.46 demanda) 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 AFP COLPATRIA hoy 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 COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 1 de agosto de 2000, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. tampoco logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

Ahora bien, en relación a que sobre 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 ibídem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

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

En tal sentido, 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 aclarará y adicionará 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 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 afiliada la 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 aclarará y adicionará 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:**

La apelación del demandante centra su inconformidad con la no condena en costas por parte del a quo, y solicita se condenen a las demandadas ya que fueron vencidas en juicio, y se opusieron a la demanda proponiendo excepciones. En efecto el artículo 365 del CGP en su ordinal 1 establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; el ordinal 5 establece que cuando prospere parcialmente la demanda el juez podrá abstenerse de condenar en costas, o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión; y de igual manera el ordinal 8 establece que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Para el caso presente se pretendió la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS, por haber faltado la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR SA al deber de información, pretensión que salió avante, y en la cual no medio ninguna participación de Colpensiones en el negocio jurídico que se dejó sin efecto, por tanto habrá lugar a condena en costas a cargo de la parte vencida en juicio AFP PORVENIR SA, y no habrá lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones, quien en realidad no fue vencida en juicio, sino más bien, en su condición de tercero ajeno al trámite de traslado declarado ineficaz, tiene que asumir las consecuencias por ser el único fondo público que administra pensiones en el RPM; por lo que se accederá parcialmente a lo solicitado por el apelante y se impondrán costas en primera instancia únicamente a cargo de Porvenir SA.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir SA, y a favor de la 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 LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: ACLARAR Y ADICIONAR** la sentencia proferida el 22 de agosto de 2022 por el Juzgado 24 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que la orden de reintegro debe hacerse por 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 AFP PORVENIR SA debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES

**SEGUNDO: COSTAS** en primera instancia a cargo de AFP PORVENIR SA y a favor de la demandante. En esta instancia a cargo de AFP PORVENIR SA y a favor de la 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.



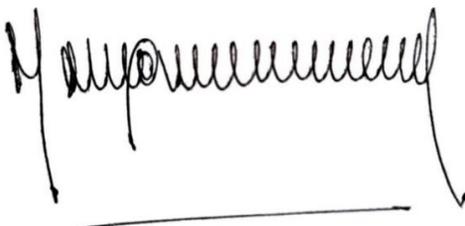
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



**Aclaro voto**

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**MILLER ESQUIVEL GAITAN**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Amparo Torres Martínez  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**024-2020-00348-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, 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: **0e902e534b3f76216b6d96397aa412bbc495ddfbe5229ee0360591691f4f6d63**

Documento generado en 28/04/2023 10:01:27 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. 23-2022-00103-01**

Bogotá D.C., abril 28 de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: OSCAR HUMBERTO GODOY BARBOSA**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR S.A,**  
**ASUNTO: APELACIÓN PORVENIR Y COLPENSIONES, Y CONSULTA-**  
**COLPENSIONES**

Previo a proferir el fallo de segundo grado, se tienen por reasumido el poder por parte del abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LOPEZ en su condición de apoderado principal de AFP PORVENIR SA, que reposa en el expediente.

Notifíquese por anotación en estado.

MARCELIANO CHAVEZ AVILA  
Ponente.

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 Porvenir y Colpensiones, y consulta en favor de

Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y la demandada Porvenir, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de octubre 4 de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

**OSCAR HUMBERTO GODOY BARBOSA** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Que se declare la ineficacia del traslado de **OSCAR HUMBERTO GODOY BARBOSA** del RPM al RAIS administrado por Porvenir el 1 de noviembre de 1996..  
Condenar a Porvenir a restituir a Colpensiones los valores obtenidos por la vinculación del demandante, como cotizaciones con los rendimientos.

Condenar a Colpensiones a recibir como afiliado a **OSCAR HUMBERTO GODOY BARBOSA**, así como recibir los valores obtenidos mientras estuvo afiliado al RAIS, y actualizar las semanas cotizadas.

Condenar en Costas y agencias en derecho a las demandadas, y ultra y extrapetita.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Admitida la demanda mediante auto de abril 25 de 2022, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES en tiempo Y PORVENIR no, como consta en auto de agosto 18 de 2022; se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 23 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 16 de agosto de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del **OSCAR HUMBERTO GODOY BARBOSA** al RAIS administrado por Porvenir.

Condeno a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **OSCAR HUMBERTO GODOY BARBOSA** junto con los rendimientos, sin descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia, devolver los gastos de administración, y seguros previsionales de invalidez y sobreviviente, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Condenar a Colpensiones a recibir a **OSCAR HUMBERTO GODOY BARBOSA** en el RPM, como si nunca se hubiera retirado del mismo, y a corregir la historia laboral, incluir las semanas cotizadas en el RAIS.

Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, Impuso costas a porvenir; y **CONCEDIÓ** apelación a Porvenir y a Colpensiones, además del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

PORVENIR: El traslado fue eficaz y valido, ya que no se probó ninguna de las causales del artículo 1551 del CC. El formulario de afiliación es un documento público que se presume autentico y la afiliación se dio conforme al artículo 114 de la ley 100/93 de manera libre y voluntaria, y sin presiones, suscrita por una persona capaz.

No es viable imponer a Porvenir caras distintas a las que se exigían en la ley vigente para el momento del traslado, pues esto constituye una violación al debido proceso y la confianza legítima. Solo años después en el año 2014 los fondos privados estaban obligados a documentar el consentimiento informado; pues las leyes vigentes entre 1004 y 2014 no exigían nada diferente a la forma del formulario de afiliación. El afiliado estaba obligado a conocer la ley, pues la ignorancia en la ley no es excusa.

No es procedente devolver los gastos de administración porque se configuraría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, pues según la ley cuando hay traslado de régimen lo único que se debe devolver son los dineros de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, por tanto los gastos de administración no son destinados a financiar la pensión, y pertenecen al fondo privado por la administración de los aportes y el incremento del mismo con los rendimientos.

Frente a la indexación, no es procedente al estarse ordenando devolver los aportes con los rendimientos financieros, sería una doble sanción. Solicita aplicar precedente horizontal del Tribunal Superior de Cundinamarca.

En caso de confirmar la devolución de los gastos de administración, solicita se aplique la compensación de dichos gastos con los rendimientos financieros de los aportes, ya que en el RPM los aportes no generan rendimientos.

COLPENSIONES: No existe elementos que vicien el consentimiento o dolo, pues el demandante no tenía una expectativa legítima porque le faltaban más de 20 años para obtener la pensión de vejez, y tenía menos de 750 semanas.

El demandante está inmerso en la prohibición de trasladarse consagrada en la ley 797 de 2003, por faltarle menos de diez años para llegar a la edad pensional.

El hecho de que la mesada en el RPM pueda ser mayor a la que recibiría en el RAIS, no constituye prueba que al momento del traslado se le haya engañado por el fondo. Por lo que dijo en el interrogatorio de parte, fue que la única inconformidad era que la mesada que recibiría en el RAIS era menor que la de Colpensiones.

Para 1996 los fondos privados solo estaban obligados a suscribir el formulario de afiliación. Solicita revocar la sentencia.

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 SA, efectuado por **OSCAR HUMBERTO GODOY BARBOSA** el día 11 de septiembre de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 11 de septiembre de 1996 (f-76 contestación Porvenir.)

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

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

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

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019

Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

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

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

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo; **AFP PORVENIR SA**: certificado de vinculaciones, certificado de viabilidad, formulario de afiliación, historia consolidada cuenta de ahorro individual, relación de aportes, certificado de afiliación, certificado valido para bono pensional, pagina periódico el Tiempo enero 14 de 2004, comunicado de prensa, concepto SIF enero 17 de 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 11 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, 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 11 de septiembre de 1996, el demandante tenía 322 semanas ( F,77 HL Porvenir), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 5 de julio de 1961 f-60 demanda-expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2023 (precisando que para mayo de 2022, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Porvenir S.A., el demandante había cotizado más de 1577 semanas, ( f.77 contestación porvenir) 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 AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el(a) demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 11 de septiembre de 1996, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se 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 nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó **OSCAR HUMBERTO GODOY BARBOSA** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR SA, el 11 de septiembre de 1996.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

#### **COSTAS:**

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir SA, y a favor del demandante. Fijense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente. No hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones por cuanto nada tuvo que ver en la consolidación del negocio jurídico de la afiliación del demandante al RAIS, que fue objeto de declaratoria de ineficacia, y su concurrencia al proceso lo fue por ministerio legal por ser parte del régimen de seguridad social en 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 16 de septiembre de 2022 por el Juzgado 23 Laboral el Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de AFP PORVENIR SA y a favor del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

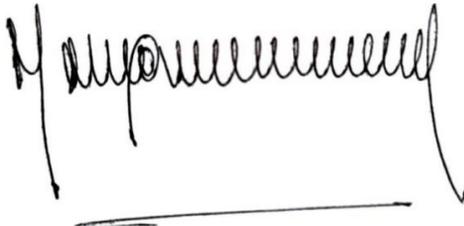
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



Aclaro voto  
**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**MILLER ESQUIVEL GAITAN**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Oscar Humberto Godoy Barbosa  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**023-2022-00103-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, 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: **5210a24ae87a196b112d2a7f787fc9ea57962121dd15b799d6e38900f1d4562c**

Documento generado en 28/04/2023 10:01:24 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. 15-2021-00066-01**

Bogotá D.C., abril 28 de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: CARLOS HENRY ARDILA ORJUELA**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR S.A,**  
**ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA COLPENSIONES.**

Previo a proferir el fallo de segundo grado, se reconoce personería jurídica a la abogada PAULA HUERTAS BORDA cc 1010833703 y TP 369744 del CSJ, en su condición de representante legal de GODOY CORDOBA ABOGADOS SAS a quien AFP PORVENIR SA designó como apoderada especial según documentos anexos.

Notifíquese por anotación en estado.

MARCELIANO CHAVEZ AVILA  
Ponente.

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 consulta en su favor, contra la

sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Porvenir, a través de su procurador judicial, presenta alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de octubre 4 de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

**CARLOS HENRY ARDILA ORJUELA** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Que se declare nula la afiliación al RAIS realizada y promovida por Porvenir a nombre de **CARLOS HENRY ARDILA ORJUELA** igualmente declarar nulas todas las afiliaciones posteriores; que se encuentra afiliado al RPM administrado por Colpensiones, que tienen derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, al pago del retroactivo a partir del cumplimiento de los requisitos, y el reconocimiento de los intereses moratorios.

Condenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado, incluidos los rendimientos e intereses.

Condenar a Colpensiones a activar la afiliación en pensión de **CARLOS HENRY ARDILA ORJUELA** actualizando la historia laboral, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme al artículo 33 de la ley 100/93 y el reconocimiento del retroactivo a partir del cumplimiento de los requisitos y hasta su inclusión en nómina, al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100/93.

Condenar en Costas y agencias en derecho a las demandadas, y ultra y extrapetita.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Admitida la demanda mediante auto de octubre 15 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES en tiempo Y PORVENIR no, como consta en autos de marzo 8 de 2022 y julio 21 de 2022; se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 15 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 7 de septiembre de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación o traslado de **CARLOS HENRY ARDILA ORJUELA** al RAIS a través por Porvenir, por irregularidad en el formulario y por no cumplir con el deber de información; ordena a Porvenir trasladar los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante, correspondientes a aporte y rendimientos a Colpensiones y que esta reactive la afiliación como si nunca se hubiera trasladado de régimen, acredite las semanas en su historia laboral..

No impuso costas; y **CONCEDIÓ** apelación a Colpensiones, además del grado jurisdiccional de consulta en su favor.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

COLPENSIONES: Apela parcialmente, en cuanto a que no se ordenó el traslado total de las cotizaciones, junto con los rendimientos financieros, pero además los gastos de administración, bonos pensionales, seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima indexados y con cargo a los propios recursos de Porvenir

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 SA, efectuado por **CARLOS HENRY ARDILA ORJUELA** el día 22 de julio de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 22 de julio de 1999 (f-108 demanda)

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

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

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

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de

2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

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

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

brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo e historia laboral; **AFP PORVENIR SA**: certificado de afiliación, aportes, movimientos, historia laboral consolidada, comunicaciones al demandante y a Porvenir, SIAFP.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 22 de julio de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en

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

Solo afirman en la contestación de la demanda, que 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 julio de 1999, el demandante tenía 444 semanas ( F,47 HL Porvenir), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 39 años (nació el 25 de noviembre de 1955 f-46 demanda-expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse cuando tuviera la densidad de semanas exigidas en el (precisando que para mayo de 2018, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Porvenir S.A., el demandante había cotizado más de 1239 semanas, ( f.47 demanda) 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 AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el(a) demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 22 de julio de 1999, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se 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 la inconformidad de Colpensiones se adicionará lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro debe hacerse por Porvenir SA 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. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de***

***pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **ADICIONARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó **CARLOS HENRY ARDILA ORJUELA** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR SA, el 22 de julio de 1999 y ordenar el reintegro de los aportes con sus rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, los gastos de administración, primas de seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima 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 confirmara la declaratoria de no probada conforme lo decidió el a quo.

#### **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 7 de septiembre de 2022 por el Juzgado 15 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que además del reintegro de los aportes con sus rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, se devolverán a Colpensiones debidamente indexados y con cargo a los propios recurso de AFP Porvenir SA, los gastos de administración, primas de seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

**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.



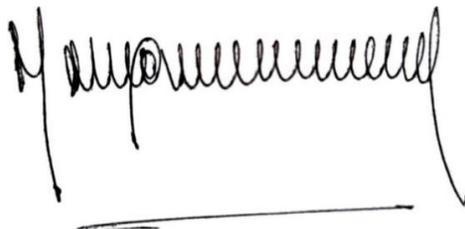
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



**Aclaro voto**

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**MILLER ESQUIVEL GAITAN**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Carlos Henry Ardila Orjuela  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**015-2021-00066-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, 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: **0f6b2c0a4296813c0aa17050690ed07fd75051ff5295a02b808c89ae9734f5e5**

Documento generado en 28/04/2023 10:01:25 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. 12-2020-00374-01**

Bogotá D.C., abril 28 de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: EDGAR HORACIO CADENA GARCIA**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES; AFP PROTECCION SA; AFP SKANDIA SA**  
**AFP PORVENIR S.A., AFP COLFONDOS SA.**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN: PORVENIR: AFP SKANDIA SA;**  
**Y COLPENSIONES/ CONSULTA COLPENSIONES**

Previo a proferir el fallo de segundo grado, se reconoce personería para actuar a ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LOPEZ CC 79.985.203 y TP N° 115.849 del CSJ, como apoderado principal de la AFP PORVENIR SA, conforme al poder que se anexa.

Notifíquese por anotación en estado.

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Ponente.

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 de las demandadas AFP PORVENIR SA, AFP SKANDIA SA y

COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El demandante, Skandia y Porvenir a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 4 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### ANTECEDENTES

**EDGAR HORACIO CADENA GARCIA** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR SA, AFP COLFONDOS SA; AFP PROTECCION SA Y SKANDIA SA como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo el demandante **EDGAR HORACIO CADENA GARCIA** el 1 de abril de 1997 del RPM AL RAIS, efectuado a través de las demandadas, ante la omisión de los fondos de dar el consentimiento suficientemente informado.

Condenar a Porvenir a trasladar al demandante al RPM administrado por Colpensiones, trasladando los valores obtenidos en virtud de la vinculación de **EDGAR HORACIO CADENA GARCIA** como cotizaciones, bonos pensionales con los rendimientos causados.

Ordenar a Colpensiones recibir de Porvenir todos los valores que recibieron por la afiliación de **EDGAR HORACIO CADENA GARCIA** como cotizaciones, rendimientos financieros y actualizar la historia laboral.

Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez conforme a la ley 797 de 2003.

-Que se condene a las demandas en costas, y ultra y extrapetita.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de marzo 5 de 2021,, aclarado mediante auto de abril 30 de 2021, y adicionado por auto de noviembre 5 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en autos

de noviembre 5 de 2021, de junio 17 de 2022 y septiembre 21 de 2022, se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 12 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 21 de septiembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de **EDGAR HORACIO CADENA GARCIA** del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por AFP COLFONDOS SA el 18 de marzo de 1997; **DECLARAR** válidamente vinculado a **EDGAR HORACIO CADENA GARCIA** al RPM; **CONDENAR** a AFP PORVENIR SA devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **EDGAR HORACIO CADENA GARCIA** como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, y gastos de administración con sus frutos e intereses y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual debidamente indexados. **CONDENO** a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegren Colfondos, Porvenir, Protección, Skandia con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de **EDGAR HORACIO CADENA GARCIA** y actualizar la historia laboral. **DECLARAR** probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por Skandia Seguros de Vida SA, y absolverlo de las pretensiones. **DECLARAR** probada la excepción de petición antes de tiempo y no probadas las demás, y abstenerse de pronunciarse sobre la pretensión de pensión de vejez. Condeno en costas a Porvenir, protección, Skandia y Colpensiones, sin costas a Colfondos. Costas a cargo del demandante y a favor de Skandia Seguros de Vida SA. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a AFP Porvenir, AFP Skandia y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

### RECURSO DE APELACIÓN

AFP PORVENIR SA apela la decisión solicitando revocar la sentencia, pues considera que es desbordado que se condene a Porvenir por todos los emolumentos de manera indexada, téngase en cuenta que el traslado de régimen no se dio con Porvenir sino por Colfondos; y el demandante transitó por el RAIS y estuvo en protección y Skandia; para el momento del traslado no tuvo nada que ver Porvenir con el traslado de régimen. Se alegó el, estar inmerso en la prohibición de

trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para llegar a la edad pensional, y de no cumplir los 5 años de permanencia, lo mismo que los actos de relacionamiento del demandante por diferentes fondos, mostrando su interés de permanecer en el RAIS. Solicita al tribunal no se ordene devolver los gastos de administración del 3% pues estos se cobran también en el RPM, precisamente por la administración de los aportes o cotizaciones. Solicita también se revoquen las costas impuestas.

AFP SKANDIA: Solicita se revoque el fallo, ya que no debió declararse la ineficacia de la afiliación del demandante en el año 2009 pues se cumplió con la carga normativa que exigía la ley para esa fecha. Hay que tener en cuenta los actos de relacionamiento del actor, al afiliarse en diferentes fondos de pensiones, manifestando su interés de permanecer en el RAIS. El actor como consumidor financiero estaba en el deber de informarse de manera oportuna. No hay lugar a descontar los gastos de administración, pues estos están autorizados por la ley, y los mismos permiten que los aportes del demandante tuvieran rendimientos financieros; tampoco procede la devolución de los seguros previsionales pues ellos permiten el aseguramiento de los riesgos de invalidez y sobrevivientes, y al cumplir su finalidad no pueden devolverse a Colpensiones porque constituiría un enriquecimiento sin causa. Tampoco es procedente la indexación de estos rubros, por cuanto se trasladan los aportes con sus rendimientos al fondo al cual se trasladó, esos rendimientos son los que permiten consolidar el derecho pensional, implicando un doble cobro a Skandia.

COLPENSIONES: El actor transitó por el RAIS de manera libre y voluntaria, sin ningún tipo de objeción. El actor está inmerso en la prohibición de traslado de la ley 797 de 2003 al faltarle 10 años o menos para llegar a la edad pensional, descapitalizando el sistema. Solicita revocar la condena en cosas a Colpensiones, ya que legalmente Colpensiones está impedida para recibir al actor en el RPM pues está a menos de 10 años para llegar a la edad pensional.

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 COLFONDOS S.A., efectuado por **EDGAR HORACIO CADENA GARCIA** el día 18 de marzo de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA , y los demás fondos en que estuvo afiliado el demandante, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, 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 COLFONDOS SA el 18 de marzo de 1997 (f.21 demanda); luego el 6 de agosto de 2007 se trasladó a AFP ING SANTANDER SA hoy PROTECCION SA (f.22 contestación protección); luego en abril de 2009 se trasladó a AFP Skandia SA (f.26 demanda); y finalmente el 6 de mayo de 2010 se trasladó a AFP Porvenir SA (f.37 demanda).

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

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

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

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

**2-Línea jurisprudencial** que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

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

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

obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

- 10-**Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA se tuvo por no contestada la demanda; AFP PROTECCION SA: apporto solicitud de vinculación a Santander, AS400, movimiento de cuenta de ahorros, SIAFP, historia laboral para bono pensional, políticas de ejecutivos comerciales para asesorar y vincular personas naturales, concepto SIF diciembre 29 de 2015, comunicado de prensa; AFP COLFONDOS SA: estado de afiliación del actor, estado de cuenta; AFP SKANDIA SA: no aportó pruebas; SKANDIA SEGUROS DE VIDA SA: manifestó no tener vinculación con afiliaciones a fondos de pensiones.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 18 de marzo de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado 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 18 de marzo de 1997, el demandante tenía 199 semanas ( f.50 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 8 de septiembre de 1961 f.18 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2023 (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir SA, el demandante había cotizado 1,094 semanas, (f.50 demanda) 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 AFP COLFONDOS SA.

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 COLFONDOS S.A., el 18 de marzo de 1997, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP COLFONDOS SA , AFP PROTECCION SA, AFP SKANDIA SA, Y PORVENIR S.A. tampoco lograron 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, en cuanto a grado jurisdiccional de consulta a su favor, se confirmara 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 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.

### **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:**

La apelación de Colpensiones muestra inconformidad con la condena en costas por parte del a quo, y solicita se absuelva a Colpensiones ya que no participo en el negocio jurídico de traslado que se declara ineficaz. En efecto el artículo 365 del CGP en su ordinal 1 establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; el ordinal 5 establece que cuando prospere parcialmente la demanda el juez podrá abstenerse de condenar en costas, o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión; y de igual manera el ordinal 8 establece que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Para el caso presente se pretendió la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del RPM al RAIS, por haber faltado la AFP COLFONDOS SA al deber de información, pretensión que salió avante, y en la cual no medio ninguna participación de Colpensiones en el negocio jurídico que se dejó sin efecto, por tanto no habrá lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones, por lo que se accederá parcialmente a lo solicitado por la apelante Colpensiones. Por tanto se revocaran las costas impuestas en primera instancia a cargo de Colpensiones.

Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y AFP SKANDIA SA, y a favor del demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a 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:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022 por el Juzgado 12 Laboral el Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** **Se** **REVOCAN** las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones, por las razones expuestas. **COSTAS** en esta instancia a cargo de AFP PORVENIR SA, y AFP SKANDIA SA Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a cada una y favor del demandante.

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



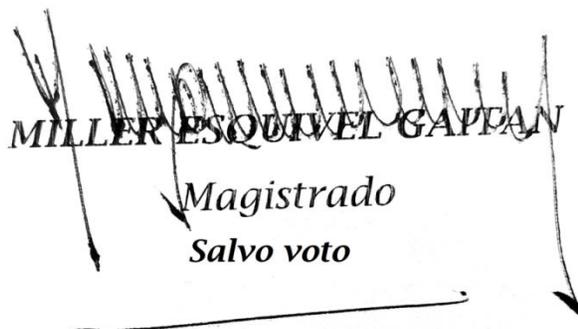
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



**Aclaro voto**

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**MILLER ESQUIVEL GAITAN**  
*Magistrado*  
*Salvo voto*

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Edgar Horacio Cadena García  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**012-2020-00374-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, 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: **23bb8040dc34b01213f0ec54fc24376ae756de7a20a209d3fd83435646ff6b7f**

Documento generado en 28/04/2023 10:01:27 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**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 025-2020-00017-01**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de Dos Mil Veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: CLARA EUGENIA GOMEZ MONTAÑO**  
**DEMANDADOS: UGPP**  
**ASUNTO : APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y DEMANDADA**

**SENTENCIA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata los recursos de apelación presentados por las partes demandante y demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la pasiva, contra la sentencia proferida por el Juzgado 25° Laboral del Circuito de Bogotá el día 07 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 22 de noviembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora **CLARA EUGENIA GOMEZ MONTAÑO**, instauró demanda ordinaria laboral contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-UGPP**, con el objeto de obtener sentencia

condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (Folio 3-13 cuaderno 1 del expediente digital):

#### **PARTE CONDENATORIA:**

1. **CONDENAR** al reconocimiento y pago de la pensión prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD, a partir del 1 de abril de 2015.
2. **CONDENAR** a la entidad convocada a liquidar la mesada pensional, teniendo en cuenta una cuantía equivalente al 100% del promedio mensual percibido en los últimos tres años de servicios.
3. **CONDENAR** a la demandada a pagar las mesadas adicionales, así como los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
4. **CONDENAR** a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas
5. Costas procesales.

#### **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-UGPP** dio contestación al escrito de demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que todas las prestaciones pensionales contenidas en convenciones colectivas perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, por disposición del Acto Legislativo 01 de 2005. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad e innominada o genérica (Folio 59-64, carpeta 1 del expediente digital).

El Juzgado de origen, mediante auto de fecha 30 de julio de 2021, admitió el escrito de contestación presentado por la pasiva (carpeta 119)

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 25 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, el 7 de septiembre de 2022, profirió sentencia en el siguiente sentido:

***“PRIMERO: DECLARAR que la entidad pensional demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN***

**SOCIAL-UGPP**, debe reconocer y pagar a favor de la aquí demandante señora clara Eugenia Gómez Montaña con cedula 43.067.019, la pensión convencional de jubilación a partir del 1 de abril de 2015, en cuantía mensual de \$1.813.814, equivalente al promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicios, conforme a lo dispuesto en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo, suscrita entre Sintra seguridad social y el extinto Seguro Social por lo motivado.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP**, a reconocer y pagar a la demandante señora CLARA EUGENIA GOMEZ MONTAÑO , ya identificada, la pensión convención de jubilación a partir del 1 de abril de 2015, en cuantía mensual de \$1.813.014 equivalente al promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicios, conforme a lo dispuesto en el artículo 98 de la CCT, suscrita entre Sintra seguridad social y el extinto Seguro Social por lo motivado.

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL, Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP**, a reconocer y pagar a la demandante señora CLARA EUGENIA GOMEZ MONTAÑO, ya identificada, por concepto de retroactivo pensional causado desde el 1 de abril de 2015, que asciende a la suma de \$205.683.904 sumas que deberán ser indexadas hasta el momento de su pago por lo motivado.

**CUARTO: CONDENAR** a la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL, Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP**, a reconocer y pagar a la demandante señora CLARA EUGENIA GOMEZ MONTAÑO , ya identificada, por concepto de intereses de mora, de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el valor del retroactivo, reconocido en la presente sentencia, que a la fecha asciende a la suma de \$211.541.693, como quiera que la norma es clara, los intereses se liquidaran con la tasa vigente al momento del pago.

**QUINTO: COSTAS, CONDENAR** en costas a cargo de la accionada **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL, Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP** y a favor de la demandante, por la suma de \$4.200.000.”

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandante**, presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, indicando: “De la manera más respetuosa, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en esta instancia, y en consecuencia solicito al honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial que haga la modificación

*del valor de la mesada de la pensión de jubilación reconocida en esta instancia a favor de mi poderdante. Lo anterior teniendo en cuenta que este apoderado judicial al momento de la presentación de la demanda hizo la respectiva liquidación de la mesada pensional que le correspondería a mi poderdante y este arrojaría una suma de \$2.060.315, suma que es superior a la que fue reconocida por este despacho, teniendo en cuenta que al hacerse la respectiva liquidación fueron tenidos en cuenta todos los factores salariales del artículo 98 de la mencionada convención colectiva, que ese mencionado artículo indica cuales factores de remuneración deberían ser tenidos en cuenta al momento de la liquidación de la pensión de jubilación, bajo los anteriores argumentos dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitando se confirme en lo demás.”*

Entre tanto la entidad convocada a juicio, preciso en su recurso que, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, todas las prerrogativas pensionales contenidas en pactos o convenciones colectivas, perdieron vigencia el 31 julio de 2010, que como quiera que la accionante no acreditó los requisitos establecidos en la norma convencional para acceder al derecho pensional antes de la fecha mencionada, no debe reconocer ninguna prestación. Adicionalmente señaló que la indexación y los intereses moratorios, al guardar la misma finalidad, esto es, que el dinero no pierda su valor adquisitivo, resultan incompatibles, por lo que a su juicio no había lugar a proferir condena por este último rubro.

## **CONSIDERACIONES**

### **DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:**

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si es procedente el reconocimiento y pago de la pensión convencional consagrada en el Artículo 98 del texto convencional solicitada por la señora CLARA EUGENIA GOMEZ MONTAÑO, en el libelo introductorio al haber cumplido los requisitos para su causación. **2.** En caso afirmativo se habrá de establecer la cuantía de la prestación, así como la procedencia de los intereses moratorios.

### **EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:**

Sea lo primero señalar que no existe controversia respecto de la vinculación del

demandante al servicio de ISS, durante el periodo comprendido entre el 4 de enero de 1994 al 30 de marzo de 2015, tiempo durante el cual desempeñó el cargo de auxiliar servicios administrativos (folio 30 carpeta 1 del expediente digital).

### **DEL ANÁLISIS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PRESTACIONAL AL DEMANDANTE:**

Ahora bien, la acción incoada por la demandante está dirigida a que se declare el reconocimiento y pago por parte de la enjuiciada una pensión extralegal, cuya fuente es el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la empresa accionada y la organización sindical de la demandada.

Así las cosas, tenemos que en la carpeta 2 del expediente digital, se encuentra el texto convencional, con depósito del 31 de octubre de 2001, cumpliendo con lo establecido en el Art. 469 del CST, con vigencia del periodo 2001 – 2004, precisando que en el Art. Primero de la CCT determinó que la Organización Sindical actuaba como sindicato mayoritario, es decir, agrupaba un número de afiliados que excedía la tercera parte del total de los trabajadores del ISS, y en ese sentido y por mandato que dispone el Art. 471 del CST, que regula lo atinente a los beneficios convencionales celebrada por un Sindicato de esa naturaleza, no cabe duda que la demandante se le extenderían los beneficios convencionales.

Al respecto, **Art. 98 de la Convención Colectiva** textualmente señala (fl. 135):

***Art. 98 Pensión de Jubilación:*** *El trabajador Oficial que cumpla 20 años de servicios continuos o discontinuos al Instituto y llegue a la edad de 55 años si es hombre y 50 años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales (...)*

Así las cosas, el criterio de esta Sala de Decisión es que, al tenor literal del Art. 98 en mención, los requisitos de causación del derecho, son la edad y tiempo de servicio, al contemplar: **“El trabajador Oficial que cumpla 20 años de servicios continuos o discontinuos al Instituto *y llegue a la edad de 55 años si es hombre y 50 años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación.*”**, es decir, son excluyentes.

Aunado a lo anterior, nótese como la prestación enunciada no puede asemejarse aquellas pensiones en la que solo se requiere del tiempo y retiro del servicio, como quiera que en el asunto examinado, no se exige de este último, sino de las exigencias enunciadas, además el mencionado articulado, estableció unos porcentaje para el reconocimiento de la prestación, dependiendo del año de causación del beneficio, sin que haya hecho alusión únicamente al tiempo de servicio, por lo que para su reconocimiento, se repite, se requiere la acreditación de los dos elementos enunciados.

El anterior criterio tiene su asidero en los pronunciamientos emitidos por la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias con radicación 35399 del 23 de julio de 2009, CSJ SL803-2013, CSJ SL14663-2014, CSJ SL12348-2014, CSJ SL435-2015, CSJ SL122-2020, tras considerar de manera consistente que la edad mínima requerida para el reconocimiento de la pensión de jubilación prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el ISS y Sintraseguridad Social con vigencia 2001-2004, debía cumplirse en vigencia del contrato de trabajo y ostentando la calidad de trabajador oficial.

Por consiguiente, concluye la Sala que, para la causación de la pensión reclamada por la demandante, el requisito de la edad sí constituye un requisito, de tal manera que para que pueda considerarse como un derecho adquirido, los dos requisitos: tiempo de servicios y edad deben cumplirse en vigencia de la relación laboral y con anterioridad al 31 de julio de 2010, fecha en que al tenor de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, pierden vigencia las reglas contenidas en convenciones colectivas, pactos y laudos arbitrales.

En ese orden, es necesario mencionar que el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como principal objetivo de la reforma homogeneizar los requisitos y beneficios pensionales en aras de lograr una mayor equidad y sostenibilidad en el sistema, advirtiendo que en dicha providencia se estudió extensamente las normas internacionales, las cuales se enmarcaron a la realidad y existencia de normas internas o nacionales, aclarando que los estados deben tomar las medidas necesarias para adaptar el ordenamiento interno lo prescrito en la Convención, esta razón permite entender que es el Estado el encargado de la interpretación y aplicación de los derechos humanos dentro del país, conforme a una legislación internacional incorporada dentro del ordenamiento interno.

Al respecto, menester es traer a colación lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005:

***Parágrafo transitorio 3º.*** Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

Al tenor de la disposición en cita, resulta que pese a la prohibición de pactar o convenir pensiones extralegales, el acto legislativo protege los derechos adquiridos a pesar de no tener reconocimiento expreso, es decir, protege a quienes cumplan con la totalidad de los requisitos establecidos para adquirir el derecho antes del 31 de julio de 2010, así se ha pronunciado la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de casación, con ponencia del H. Magistrado GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA, en sentencia de 3 de abril de 2008 bajo el radicado 29907<sup>1</sup>, SL 12498 de 2017 y SL1428 de 2018.

Por lo anterior, los *derechos adquiridos* se configuran cuando se cumplan plenamente los presupuestos contemplados en la norma que consagra el derecho, y no con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

En este punto, es necesario aclarar que dentro de este período de transición es posible que se presenten prórrogas automáticas de las convenciones o pactos que se encontraban vigentes, las cuales conservarán los beneficios pensionales que venían rigiendo con el fin de proteger igualmente, las expectativas y la confianza legítimas de quienes gozaban de tales prerrogativas. No obstante, lo anterior, bajo ninguna circunstancia, dichas prórrogas podrán extenderse más allá del 31 de julio de 2010.

---

<sup>1</sup> Pero es claro que quedan a salvo, conforme se dejó expresado, los derechos adquiridos al amparo de actos jurídicos con aliento antes de esa fecha, los que merecerán acatamiento y respeto y, en manera alguna, pueden ser desconocidos o vulnerados.

Consciente el constituyente de la existencia, al momento de comenzar a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, de convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, dispuso de una especie de régimen de transición, en los siguientes términos:

Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este acto legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

Lo anterior, por cuanto el párrafo consagra de manera indiscutible que todas las pensiones **especiales** finalizan el 31 de julio de 2010 y de esta forma la Sala de Decisión se aparta de manera respetuosa de la sentencia SL3635 de 2020, en la que la H. Sala de Casación, estableció que la vigencia del acuerdo colectivo suscrito entre el ISS y su sindicato SINTRASEGURIDAD SOCIAL, no resultaba afectado por el plazo definitivo contemplado en el párrafo 3 del Acto Legislativo 01 de 2005, sino que su vigencia se extendía hasta el año 2017.

En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia T-744 de 2007 respecto a las diferencias entre los derechos adquiridos y las meras expectativas, señaló que se configura un derecho adquirido cuando las premisas o supuestos contemplados en la norma se cumplen plenamente en cabeza del beneficiario, derechos que bajo el amparo del artículo 58 de la Carta Política, no pueden ser afectados o desconocidos por normas posteriores. Por el contrario, señala la Corte Constitucional que son expectativas legítimas, y no derechos adquiridos aquellas situaciones jurídicas que, si bien iniciaron con anterioridad a la vigencia de una norma, no se han perfeccionado al no haberse cumplido la totalidad de los presupuestos fácticos requeridos para su consolidación, y por tanto, a diferencia de los derechos adquiridos, dichas expectativas si pueden ser afectadas por normas posteriores.

Aclarado lo anterior, es menester verificar si la parte actora cumple con los requisitos dispuestos en la convención para adquirir el derecho a la pensión de jubilación allí contenida, antes del 31 de julio de 2010; memorando que conforme el texto convencional dichos requisitos son: tener 50 años de edad y 20 años de servicio.

Ahora bien, frente al primer requisito, esto es, la edad la acreditó el 12 de mayo de 2012, en la medida que nació el mismo día y mes de 1962 (folio 15 cuaderno 1), en tanto frente al tiempo de prestación de servicio, evidenciamos según certificado de información laboral que, la accionante prestó sus servicios para el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES de manera interrumpida desde el 4 de enero de 1994 hasta el 31 de marzo de 2015, reuniendo un total de 21 años, 2 meses y 27 días, luego es claro, que tanto el requisito de edad y tiempo de servicio, los probó con posterioridad al 31 de julio de 2010, razón por la cual no es acreedora de la prestación solicitada.

A lo que se agrega, que el Acto Legislativo 01 de 2005, fue objeto de estudio por la Corte Constitucional, corporación que en la sentencia **C-178/07**, declaró exequible el referido acto, y por ende para esta Sala de Decisión, todos los acuerdos colectivos perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, además por tratarse de una adición a la norma Superior de nuestro ordenamiento jurídico, que prevalece sobre los demás preceptos jurídicos.

Igualmente, se considera que el Acto Legislativo 01 de 2005, no desconoce el artículo 53 de la Constitución Política, como quiera que el mismo pretende que los asuntos pensionales solo sean regulados por las leyes de seguridad social y así evitar diversidad de regímenes pensionales.

En ese orden, la Sala concluye que la parte actora no contó con la edad, ni el tiempo de servicio, exigidos con anterioridad a las fecha citada por el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que debe **REVOCARSE** la sentencia proferida en primera instancia y **ABSOLVER** a la entidad demandada de las pretensiones invocadas en su contra, relacionadas con el pago de la pensión de jubilación, retroactivo e intereses moratorios, además cabe precisar que dada la decisión adoptada, se torna innecesario el estudio del recurso de apelación sustentando por la demandante.

#### **Costas**

Sin costas en esta instancia, las de primera se revocan y se imponen al demandante.

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

#### **RESUELVE**

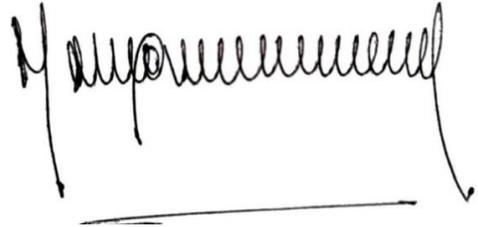
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 07 de septiembre de 2022 por el Juzgado 25º Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la **UGPP** de las pretensiones planteadas en el escrito de demanda.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera instancia se revocan y se imponen al demandante.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**





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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 025-2017-00086-01**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril dos mil veintidós (2022)

**DEMANDANTE: HECTOR JULIO RODRIGUEZ LOPEZ**  
**DEMANDADO: S&J FULL SERVICES LTDA**  
**ASUNTO: CONSULTA DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, analiza el grado jurisdiccional concedido a favor del demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 25º Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes no presentaron alegatos, pese a lo ordenado en auto del 12 de diciembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor HECTOR JULIO RODRIGUEZ LOPEZ, instauró demanda ordinaria laboral contra la compañía S&J FULL SERVICES LTDA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 y 17 del expediente con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**PRETENSIONES PRINCIPALES:**

1. **DECLARAR** que estuvo vinculado a la entidad accionada, mediante un contrato de trabajo por obra o labor determinada, vigente desde 4 de septiembre de 2012 hasta el 28 de octubre de 2013, fecha esta última en la que el empleador terminó el vínculo laboral sin aducir una justa causa

### **PRETENSIONES CONDENATORIAS PRINCIPALES**

1. **CONDENAR** a la sociedad S Y J FULL SERVICES LTDA, a reintegrarlo en un cargo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando para el momento de la desvinculación y que sea compatible con sus condiciones actuales de salud.
2. **CONDENAR** a la pasiva al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, junto las prestaciones sociales.
3. Costas procesales.

### **PRETENSIONES CONDENATORIAS SUBSIDIARIAS**

1. **CONDENAR** al pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
2. **CONDENAR** al pago de la indemnización de acuerdo a la pérdida de la capacidad laboral derivada del accidente ocurrido el 23 de abril de 2013.

El proceso de la referencia fue asignado inicialmente al Juzgado 10 Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., que, mediante proveído del 30 de enero de 2017, dispuso la remisión a los Juzgados con categoría del Circuito al carecer de competencia en razón de las pretensiones invocadas en el escrito inicial, correspondiéndole el conocimiento al Juzgado 25 Laboral del Circuito de esta ciudad.

### **4. CONTESTACION DE LA DEMANDA**

La compañía **S&J FULL SERVICES LTDA**, contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que el trabajador para el momento de la terminación del contrato, no se encontraba en incapacidad ininterrumpida superior a 180 días, originada en enfermedad o accidente de origen común, ni tenía inhabilitación para el desarrollo de las funciones contratadas. Propuso las excepciones de indemnización pagada por terminación unilateral del

contrato sin justa causa a cargo del empleador, inexistencia de calificación de pérdida de la capacidad laboral durante la vigencia del vínculo, entre otras.

Por auto del 3 de abril de 2018, el Juzgado de origen admitió el escrito de contestación radicado por la compañía S&J FULL SERVICES LTDA.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 25º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia de 13 de mayo de 2022, **ABSOLVIÓ** a la compañía demandada de las pretensiones incoadas en la demanda, y no condenó en costas.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del demandante, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta con fundamento en las siguientes.

### **CONSIDERACIONES**

#### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí es procedente ordenar el **reintegro** del señor HECTOR JULIO RODRIGUEZ LÓPEZ al cargo que venía desempeñando, uno igual o de superior jerarquía, en el evento en que se acredite que para el momento de la terminación del contrato gozaba de estabilidad laboral reforzada o algún padecimiento de salud por el cual la sociedad demandada estuviera en la obligación de solicitar autorización previa ante el Ministerio de trabajo para disponer la terminación laboral del contrato. **2.** En caso afirmativo, si es procedente ordenar pagar la indemnización establecida en la Ley 361 de 1997.

#### **EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:**

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante HECTOR JULIO RODRIGUEZ LÓPEZ, suscribió un contrato de trabajo por obra o labor determinada, con la compañía accionada, el que estuvo vigente desde el 04 de septiembre de 2012 hasta el 28 de octubre de 2013, fecha esta última en la que finalizó por decisión

del empleador, quien procedió a pagar la indemnización contemplada en el artículo 64 del C.S.T.

### **INEFICACIA DEL DESPIDO Y REINTEGRO DEFINITIVO – ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:**

Así pues, el conflicto surge entonces de las circunstancias que rodearon la terminación del vínculo laboral, haciendo especial énfasis, según los hechos de la demanda, que la sociedad S&J FULL SERVICES LTDA, terminó de forma unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo suscrito con el demandante, sin solicitar la autorización previa del Ministerio del Trabajo para su desvinculación, teniendo conocimiento de la limitación física que padece.

Así pues, frente a la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del ex empleador, y sin autorización del Ministerio de Trabajo, por haber sido despedido encontrándose en malas condiciones de salud es necesario hacer énfasis a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en la Ley 361 de 1997.

Así pues, el artículo 53 de la Constitución Política dispone que los trabajadores gozaran de estabilidad en el empleo. A su vez, el artículo 24 Ley 361 de 1997 establece que el Estado deberá propiciar la ubicación laboral a los minusválidos discapacitados disminuidos acorde con su situación de salud, lo anterior se traduce en la protección por parte del Estado y a través de la ley para que el trabajador en casos específicos puedan verse afectados gravemente en alguna de sus garantías constitucionales permanezcan en su empleo o accedan a las indemnizaciones a que hayan lugar incluso en contra de la voluntad del empleador, ese pronunciamiento de carácter constitucional ha sido desarrollado bajo el concepto de la estabilidad laboral reforzada y está dirigida a aquellos sujetos que merecen especial protección del estado y es precisamente como en desarrollo de esas exigencias constitucionales que el legislador expidió la Ley 361 de 1997 a fin de establecer una serie de mecanismos destinados proteger a las personas con limitaciones físicas dando desarrollo a través del artículo 26 *ibídem* a la estabilidad laboral reforzada que deben gozar los trabajadores discapacitados.

En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, según el grado

de su limitación, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley en comento. No fue una previsión caprichosa del legislador el aludir, en el citado artículo, a los distintos grados de invalidez que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Indubitablemente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

De lo anterior se puede deducir, que, si entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece el trabajador objeto de la decisión, existe un nexo de causalidad, para efectos de la finalización del vínculo, debe mediar el aval de la autoridad administrativa del trabajo, que para el caso se encuentra representada por un Inspector adscrito al Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, cabe recordar que la H. Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispuso declararlo exequible, estableciendo que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato, por tanto al demandante es a quien le corresponde acreditar, en primer lugar su condición de persona limitada amparada por la ley 361 de 1997.

En cuanto a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: **1.** Que el trabajador se encontrara en una de las siguientes hipótesis: **a). Con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%, conforme a lo previsto en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001; 2.** Que el

empleador conociera de su estado de salud; y **3.** Que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo”.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral en las sentencias SL058 de 2021 y SL 572 de 2021, preciso:

*“En efecto, debe recordarse que la Sala de tiempo atrás a adoctrinado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15% de su pérdida de la capacidad laboral, como lo dedujo el Tribunal, independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa. En este sentido la Corte, recientemente, en sentencia CSJ SL058-2021, lo reiteró: En concordancia con lo anterior, la Sala ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera mediante un carnet como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para de esa forma activarse las garantías que resguardan su estabilidad laboral. En la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, Rad. 41845, dijo la Corte: No obstante que el tema relativo a la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se trató en la primera acusación por la vía indirecta, conviene precisar que el Colegido de instancia estimó que para que proceda la referida garantía no basta con demostrar la existencia de incapacidad laboral temporal, sino que se exige que la trabajadora al momento del despido estuviera afectada por una pérdida de capacidad laboral en el porcentaje legal, lo que no se demostró en este caso. Sobre el particular, la Sala destaca que lo relativo a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con los grados y porcentajes de discapacidad previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001. Ahora, la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en*

*comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).”*

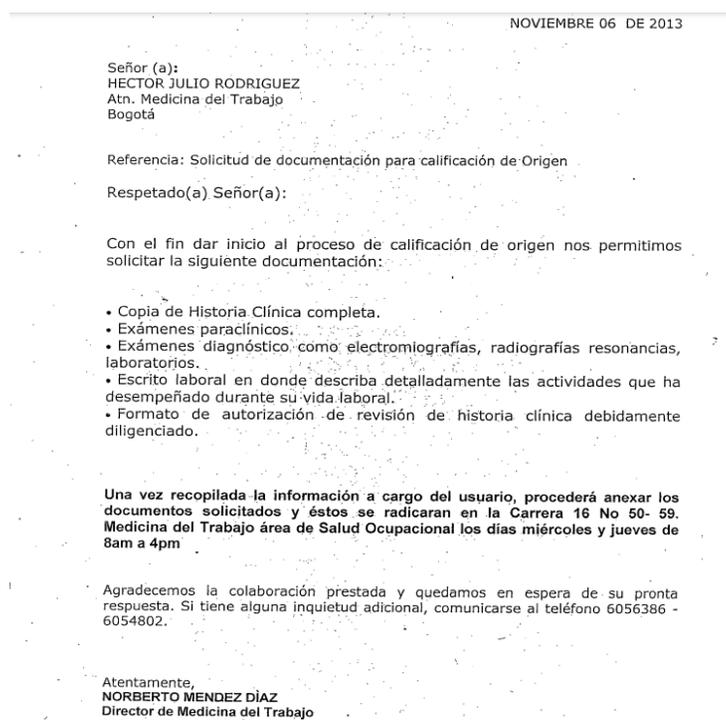
Posición que acoge la Sala y que será aplicada como uno de los argumentos para resolver el presente caso, resaltando que queda en evidencia que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. Así mismo, que este beneficio opera en casos de despidos unilaterales y sin justa causa, y aún con justa causa, sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Lo anterior, no desconoce lo dispuesto en la sentencia SU-049 de 2017 proferida por la H. Corte Constitucional, pues si bien existen fricciones sobre la hermenéutica dada al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por las altas corporaciones jurisdiccionales, la postura reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, constituye «*doctrina legal probable*» que emana de su rol como órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral. En tal sentido se ha pronunciado en sentencia, SL294-2019, Radicación n° 69158 del 5 de febrero de 2019, reiterando lo dispuesto en sentencia C-836 de 2001.

De las pruebas allegadas al plenario, se evidencia, tal como se enunció precedentemente, que el demandante suscribió con la entidad demandada un contrato de trabajo por obra a o labor determinada, el que fue terminado por decisión del empleador, sin aducir una justa causa, por lo que procedió a pagar la indemnización correspondiente. Empero considera esta Sala de decisión que, el hecho que el trabajador haya sido despedido sin mediar una justa causa, no conlleva perse a la aplicación de la figura de estabilidad laboral reforzada, ya que no se demostró esa pérdida de la capacidad laboral en una limitación siquiera moderada,

como tampoco que para el momento del despido padeciera de una enfermedad que lo imposibilitara en el ejercicio de las actividades encomendadas.

Lo anterior se estableció, como quiera que el contrato tal como se enunció finalizó el 28 de octubre de 2013, fecha para la cual aún no había sido calificado, toda vez que dicha diligencia tan solo inició el 6 de noviembre de 2013, es decir, con posterioridad a la calenda mencionada, y así se pudo verificar del documento que obra a folio 55 de la carpeta 1 del expediente digital, aunado a que no se tiene certeza si se dio inicio al mencionado procedimiento y cuál fue el resultado:



Adicionalmente, si bien en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y S.S., el accionante solicitó la incorporación del dictamen de la pérdida de la capacidad, elaborado por la Junta Regional de Calificación, de fecha 17 de mayo de 2019, el que fue aportado en esta instancia en la etapa de alegatos, lo cierto es que el juez de instancia no decretó este medio probatorio, frente a lo cual el apoderado interpuso el recurso de reposición siendo resuelto de manera desfavorable a sus intereses, por lo respecto de esta prueba ya hubo un pronunciamiento que no puede desconocer esta instancia, y en esa medida no lugar a otorgarle valor probatorio.

Así mismo, si bien no se desconoce, que el 4 de mayo de 2013, la sociedad accionada reportó ante la ARL un accidente que sufrió el actor el 23 de abril de 2013 (folio 29 cuaderno 1); sin embargo, este documento no permite evidenciar que el mencionado suceso le hubiese impedido el ejercicio de sus labores o de

sus actividades cotidianas, en la medida que en el mismo se indicó que el trabajador, continuó con sus funciones: *“el sr hector (sic) rodriguez (sic) se encontraba con dos compañeros soltando el tapón de un equipo con una llave de tubo, al realizar la fuerza siente dolor en la pierna derecha, sin embargo, no reporta lo ocurrido y sigue su jornada normal de trabajo”*

Por otra parte, la incapacidad conferida por dos días, que obra a folio 32 del expediente digital, enuncia como fecha de inicio el 24 de abril de 2012, esto es, con anterioridad al suceso relatado en líneas anteriores, en tanto aquella otorgada por un día, con fecha de inicio el 7 de mayo de 2013, no denota que haya sido como consecuencia del accidente ocurrido el 23 de abril de 2013, ya que enunció que el motivo fue por enfermedad general, lo mismo ocurrió respecto de la incapacidad dada el 8 de mayo de 2013, por tres días, así como de aquellas de fechas 24 de julio de 2013 y 7 de octubre de 2013, en las que se especificó que la incapacidad se derivaba de “enfermedad general” sin concretar la misma. En tanto, si bien las otorgadas para el 20 de mayo de 2013 y 25 de junio de esa misma anualidad, especifican que la incapacidad derivaba de una lumbalgia, lo cierto es, que ninguna estaba vigente para la calenda en que finalizó el contrato de trabajo y que la misma fuera consecuencia del dolor que le ocasionó el accidente laboral enunciado, ya que no se logra determinar que el suceso ocurrido el 23 de abril de 2013, haya generado la lumbalgia o acarreado consecuencias en la salud del accionante, pues ningún parte médico señala esta circunstancia (folio 32-40).

Por último, se acreditó que al accionante el 25 de octubre de 2013, por orden del empleador, le efectuaron una serie de exámenes médicos, pero los mismos no arrojaron una patología que generara en el trabajador una disminución en su capacidad laboral, tan solo se relacionaron unas recomendaciones y observaciones (folio 42 carpeta 1)

Las pruebas reseñadas permiten concluir que el demandante no era beneficiario de estabilidad laboral reforzada que contempla la Ley 361 de 1997, por las siguientes razones:

La finalidad de la figura en mención tal como ya se mencionó es evitar que un trabajador sea despedido con ocasión a su estado de debilidad manifiesta, situación que no ocurrió en el asunto bajo examen, ya que el accidente del cual pretende el accionante derivar esa pérdida o debilidad ocurrió el 23 de abril de 2013, en tanto el

despido ocurrió el 28 de octubre de ese mismo año, es decir, ejercicio su actividad por más de seis meses, tan fue así que en los documentos incorporados al plenario, se relacionó que ese accidente le generó simplemente un dolor en una de su extremidades inferiores, pero no le impidió desarrollar su función diaria o la remisión inmediata al servicio de urgencia.

La enfermedad alegada por el demandante, no fue calificada durante la vigencia de la relación laboral por alguna entidad perteneciente al sistema de seguridad social. Tampoco se evidencia que se le hubiese puesto en conocimiento del empleador la existencia de una patología, que le generara una pérdida de la capacidad laboral, máxime cuando la entidad accionada, remitió al trabajador a una serie de exámenes médicos, los que fueron analizados por personal médico, no encontrándose dolencia alguna que le generara reubicación, pérdida o limitación de su capacidad laboral, ni estaba incapacitado, ni con recomendaciones médicas para la fecha de finiquito de la relación laboral.

No se presentó ese nexo de causalidad entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece el trabajador, pues no podemos pregonar dicha situación, del historial clínico, que tan solo enuncia el tratamiento dado a una patología lumbar, máxime cuando el accionante tan solo allegó la historia que relaciona las dolencias a partir del accidente ocurrido el 23 de abril de 2013, la que se repite no generó una pérdida de la capacidad laboral o una limitación evidente en su actividades laborales, para poder pregonar que ello conllevó a culminar la relación laboral

En atención a las consideraciones antes expuestas, la sentencia de primera instancia será CONFIRMADA.

.

#### **COSTAS.**

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

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

**RESUELVE**

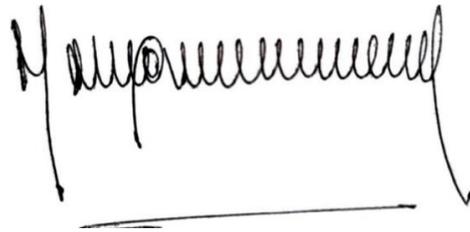
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de mayo de 2022, según se expuso.

**SEGUNDO: Sin Costas** en este grado jurisdiccional de consulta.

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**



**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

[25-2017-00086-01](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador  
Radicación No. 015-2019-00559-01**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: FELISA CAMARGO DE ZAMBRANO  
DEMANDADO: COLPENSIONES Y MARÍA DEL CARMEN HURTADO  
ASUNTO: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA A FAVOR DE  
COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 15º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 12 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandada -COLPENSIONES-, presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 12 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora FELISA CAMARGO DE ZAMBRANO, instauró demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y MARIA DEL CARMEN HURTADO SILVA, debidamente sustentada como aparece de folios 2-7, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARATIVAS:**

1. **DECLARAR** que, es la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su cónyuge JOSE BENJAMIN ZAMBRANO PAEZ.
2. **DECLARAR** que, en calidad de cónyuge supérstite tiene derecho al 100% de la mesada pensional.

#### **CONDENAS:**

1. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde el mes de junio de 2017.
2. **CONDENAR** a la entidad demandada, al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
3. **CONDENAR** al pago de los reajustes legales.
4. Costas procesales.

#### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

**COLPENSIONES**, contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la accionante no acreditó el término mínimo de convivencia, para la causación del derecho pensional que pregona. Propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe (folio 24-31).

Entre tanto la señora MARÍA DEL CARMEN HURATDO SILVA, quien dio contestación a través de curador ad-litem, se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante no demostró la calidad de beneficiaria de la pensión de sobreviviente, en los términos previstos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho o de la obligación, prescripción y declaratoria de otras excepciones. (folio 80-81)

Mediante proveídos del 29 de enero de 2021 y 12 de mayo de 2022, respectivamente, el Juzgado de origen, admitió los escritos de contestación presentado por los demandados (folio 48- y 85).

#### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 15º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 12 de agosto de 2022, en el siguiente sentido:

**“PRIMERO: CONDENAR** a la demanda ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor de la demandante señora FELISA CAMARGO DE ZAMBRANO de la pensión de sobrevivientes que dejó causada su cónyuge el señor JOSE BENJAMIN ZAMBRANO, este reconocimiento se hará a partir del día 25 de mayo del año 2017 en un valor equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, que para la época era \$737.717 y se pagará en 13 mesadas pensionales anuales y se ordena hacerle los reajustes que ha dispuesto el Gobierno Nacional, año a año hasta su inclusión en nómina con el valor correspondiente al mínimo legal al momento de la inclusión en nómina.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- a pagar debidamente indexado el retroactivo pensional que se ha causado a favor de la señora demandante a partir del 25 de mayo del año 2017 y hasta su momento de inclusión en nómina y autorizar a COLPENSIONES a descontar de dicho retroactivo lo correspondiente a aportes a la Seguridad Social en salud para la EPS conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.

**TERCERO: NO CONDENAR** en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes a ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de lo correspondiente de los intereses moratorios solicitados por la parte actora.

**CUARTO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de todas y cada una de las posibles pretensiones que tuviera derecho la señora MARÍA DEL CARMEN HURTADO SILVA y frente a la misma precisar que la presente decisión no hace tránsito a cosa juzgada sobre el posible derecho que tenga la misma, conforme se expuso en la parte motiva.”

## GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a los intereses de la entidad accionada, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta con fundamento en las siguientes.

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del afiliado JOSE BENJAMIN ZAMBRANO.

Para resolver este asunto, conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia con radicado No. SL16322-2014, radicación No. 43184 del veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014) y 69788 de 2021. *“La pensión de sobrevivientes es una prestación autónoma, con estructura propia, cuya causa reside en la muerte de un afiliado o pensionado, y ampara los riesgos de orfandad y viudedad, y en consecuencia, sus titulares son la cónyuge o compañera permanente, y los causahabientes, eso sí, con la condición de reunir los requisitos señalados en la Ley.”* Y que, por regla general, *“la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente a la fecha de la muerte del causante, en virtud de la aplicación inmediata de la ley laboral.”*

En este asunto no se encuentra en controversia que, el señor JOSE BENJAMIN ZAMBRANO PAEZ, falleció el 25 de mayo de 2017 (folio 18), por lo que la norma para definir la prestación que se reclama, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que exige al afiliado haber cotizado al sistema por lo menos 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento, condición que cumplió el asegurado, como quiera que de la historia laboral que obra a folio 84 del plenario, se corrobora que dentro del lapso mencionado, realizó un total de 59.85 semanas, por lo que dejó causada a favor de los miembros del grupo familiar el beneficio pensional.

Ahora, frente a los beneficiarios de la mentada prestación, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, determinó:

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

*Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

Ahora, nótese como de la norma transcrita es dable concluir con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se genere como consecuencia de la muerte de un pensionado.

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente a los «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que *“Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes”*.

Así mismo desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el legislador estableció una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado al sistema y la de un pensionado, esto es, la conocida como sustitución pensional, enunciando como requisito tan solo en esta última situación, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, es decir, convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder al beneficio pensional.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL3948 de 2022, expuso:

*“En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.*

*Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto.”*

Efectuadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, encontramos que, dado que se trata de un afiliado fallecido no se requiere de ese tiempo mínimo de convivencia, pero ello no es óbice para demostrar esa ayuda, socorro mutuo y vida común.

En este orden, tenemos que la señora FELISA CAMARGO DE ZAMBRANO, asegura que contrajo matrimonio con el causante el 29 de diciembre de 1979, y cuya convivencia se extendió hasta la calenda en que falleció su esposo lo que ocurrió el 25 de mayo de 2017 (folio 2 y 18).

A efectos de acreditar dicho vínculo matrimonial, se incorporó el registro civil de matrimonio, el cual permite determinar que el día 29 de diciembre de 1979, la accionante contrajo matrimonio con el señor JOSE BENJAMIN ZAMBRANO PAEZ, de cuya unión procrearon tres hijos, JOSE FRANCISCO, JUAN CARLOS Y VICTOR MANUEL ZAMBRANO CAMARGO. (folio 11 y 14).

Por otra parte, se escuchó la declaración MIGUEL CAMARGO NOVOA, quien adujo conocer a la demandante desde hace 40 años, tiempo durante el cual ella contrajo matrimonio con el señor JOSE ZAMBRANO y con quien convivió hasta la fecha en que el mencionado señor falleció: *“ella vivió desde ese tiempo con Francisco, José Zambrano desde el momento que se casaron (...) ellos estuvieron todo el tiempo desde que se casaron hasta la hora de la muerte de él.”* Igualmente, preciso, que la mencionada pareja nunca se separó y de cuya unión procrearon tres hijos, que nunca el señor ZAMBRANO conformó otro hogar, o tuvo otra compañera o relación sentimental, que siempre la demandante fue su esposa y así la presentaba ante la sociedad: *“una señora abnegada a su trabajo, a ver a sus hijos, a ver sus animales en el campo y estar permanentemente arreglándole la ropa a él, viendo por él, para que no le faltara su comida, su ropa, Maria Felisa Camargo de Zambrano”*

Entre tanto el testigo RODRIGO AVENDAÑO DIAZ, manifestó conocer a la demandante desde muy joven, que estuvo presente en el matrimonio celebrado entre la señora FELISA CAMARGO y JOSE ZAMBRANO, que dicho vínculo estuvo vigente hasta la calenda en que este último falleció, que nunca se separaron y que ella siempre estuvo al cuidado de su cónyuge: *“los conozco desde que se casaron el 29 de diciembre de 1979, de la relación tuvieron tres hijos José Francisco, Juan Carlos y Víctor Manuel, nos conocemos desde joven con ella (...) hasta el 25 de mayo de 2017 que falleció él”*

Finalmente, el testigo JOSE FRANCISCO ZAMBRANO, indicó que sus padres FELISA CAMARGO y JOSE ZAMBRANO, convivieron desde la fecha en que contrajeron matrimonio hasta la calenda en que su progenitor falleció. Que, su padre, durante los últimos cuatro años de vida, vivió en su apartamento, donde

vivía, dada la cercanía con el centro médico y porque tenía que permanecer conectado a un aparato eléctrico, el cual en ocasiones no funciona en la vereda donde viva con su cónyuge, por problemas de luz, pero que pese a ello, ella siempre estuvo al cuidado de él: *“por álbum fotográfico, por cronograma que cuentan mis tíos, y familiares, ellos se casaron el 29 de diciembre del 79, en la parroquia San Joaquín, en Santa Fe de Bogotá, en el 82, por cuestiones de trabajo, mi papá era en vida maestro de construcción, se vino para trabajar en el municipio de Paipa, ellos inicialmente vivieron en el barrio Venei en la casa de mi padrino Rodrigo Avendaño, trabajo en el año 82, que se inició la construcción de la tercera unidad de termoeléctrica, el trabajo allá, y ahí al ver el sufrir, el transcurrir de las cosas, ellos, mi abuelos campo Elías y Feliciano le dieron un lote, para que ellos hicieran su casa de habitación en la Vereda Caños, ellos construyeron esa casa, en la Vereda Caños, mi papá los fines de semana, hizo su casa, más o menos en el 85, yo tengo uso de razón yo tenía 5, 6 añitos, cuando construyeron esa casa, yo nací en julio de 1980 y de ahí, convivieron ininterrumpidamente hasta el día en que el falleció, que eso fue el 25 de mayo de 2017, siempre mi papá se caracterizó por ser un una persona responsable, en el andaba en su bicicleta para arriba para abajo, siempre se reunía con mi mamá, estaba en la casa pendiente, salían los miércoles, que es el día de mercado acá en el municipio, se bajaban juntos, hacer sus cosas hacer su mercado, nunca hubo una ausencia por parte de él, ni por parte ella, siempre estuvo pendiente de nosotros nos llevaba los uniformes, los cuadernos, lo que necesitábamos para el estudio, lo mismo la alimentación, por parte de ambos, estaban muy pendiente de nosotros tres, somos dos hermanos más, Juan Carlos y Víctor Manuel, que no están en este momento, él se enfermó en el 2014, porque fumaba mucho, tuvo un problema crónico, pues una EPOC, por cuestiones de salud, porque a él le tocaba estar las 24 horas del día a un planta generadora de oxígeno, yo lo tuve en mi apartamento en la ciudad de Paipa, el duro ahí conmigo casi 4 años, porque en la vereda falla mucho la luz, pues él no podía, estar desconectado de la máquina, por eso uno y otro por la facilidad del transporte, y por la cercanía al centro médico que, era el hospital San Vicente de Paul, donde lo atendían aquí en el municipio, les tocaba estar conmigo, y hasta el momento de su deceso el 25 de mayo del 17, pero en el transcurso de los cuatro años, mi mamita siempre estuvo, pendiente de él, ella estaba pendiente, atendía los animales en el campo, se bajaba a pie hasta la piscina, y en la piscina ya cogía la buseta, se venía para acá, traía su leche, sus huevos, mataba una gallina, para darle alimentación a él, porque ya por le edad, no se podía valer por sí mismo, la falta de oxígeno lo debilito bastante.”*

Luego de material probatorio descrito, se puede colegir, que la demandante no solo acreditó su calidad de cónyuge del causante, sino que convivió de manera ininterrumpida con él, por algo más de 37 años -29 de diciembre de 1979 *al 25 de mayo de 2017-*, teniendo un proyecto de vida como pareja estable y basado en un vínculo de apoyo, solidaridad, cuidado y socorro mutuo, por lo que a todas luces tiene la calidad de beneficiaria de la prestación invocada y si bien durante los últimos cuatro años de vida, el asegurado cambio su residencia, ello no implicó una separación con la demandante, pues fue por cuestiones de salud, sumado a que la señora CAMARGO, siempre estuvo al cuidado de él como de la vivienda, bienes y animales, que mencionada pareja adquirió.

En este orden de ideas, se considera que no erró el Juez de primera instancia en otorgar la prestación a favor de la señora FELISA CAMARGO DE ZAMBRANO, ya que como se mencionó además de acreditar el vínculo matrimonial, demostró la convivencia con el afiliado por más de 37 años, tiempo durante cual se apoyaron, cuidaron y convivieron, prestación que deberá ser otorgada desde la fecha del deceso de afiliado -25 de mayo de 2017-, en cuantía equivalente al salario mínimo, ya que la tarifa de la prestación no fue objeto de reparo por la accionante.

Por último, se debe precisar, que frente a la señora MARIA DEL CARMEN HURTADO, se habrá de confirmar la absolución, ya que no existe ningún medio probatorio que acredite esa relación sentimental con el afiliado, donde haya existido ese vínculo de apoyo, solidaridad y convivencia, máxime cuando participó en las presentes diligencias a través de curador ad-litem.

Los anteriores razonamientos, permiten concluir que, no hay lugar a revocar, ni modificar la decisión de primera instancia, como quiera que la demandante demostró la calidad de cónyuge, así como esa ayuda, convivencia y socorro mutuo, para el momento en que falleció el afiliado.

## **COSTAS.**

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

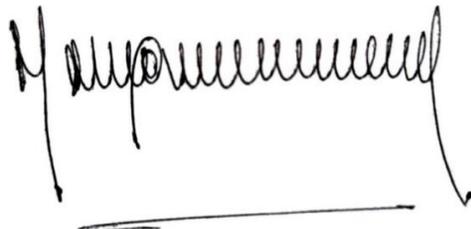
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, el día 12 de agosto de 2022, según se expuso.

**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**



**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

[15-2019-00559-01](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 2-2017-00673-01**

Bogotá D.C., Veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **AMPARO CEDEÑO DIAZ**  
DEMANDADO: **HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL**  
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTES DEMANDANTE Y  
DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por las partes en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 5 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora **AMPARO CEDEÑO DIAZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra **HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL (HUCSR)**, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los

siguientes conceptos, conforme se observa a folios 362 a 366 de la demanda, expediente digital, las cuales se resumen así:

Declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo de seis meses, prolongado automáticamente en los términos del artículo 46 del CST, según el cual la demandante trabajo bajo continuada dependencia y subordinación a partir del 23 de junio de 1998.

-que la causal invocada por la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo a partir del 7 de septiembre de 2016 por reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 1 de septiembre de 2013 es extemporánea y violatoria del debido proceso constitucional y por tanto no tiene eficacia, ni produce efectos jurídicos.

-El HUCSR la despidió estando vigentes los términos legales de las etapas establecidas en la negociación colectiva, y estando amparada por el fuero circunstancial.

-Que la demandada adeuda la reliquidación de las prestaciones sociales, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, compensatorios.

Como consecuencia se condene a la demandada a reintegrarla al mismo cargo sin solución de continuidad, por ser ineficaz el despido al estar gozando de la garantía del fuero circunstancial; por tanto le deben cancelar los salarios y prestaciones sociales, y demás emolumentos inherentes al contrato de trabajo, lo mismo que los extralegales a que tienen derecho desde el despido hasta el reintegro; igualmente al pago de los recargos por trabajo nocturno, dominicales, festivos, descanso compensatorio, reliquidación de prestaciones sociales incluyendo como factor salarial el bono de alimentación Sodexo Pass, aportes al sistema de seguridad social integral y parafiscalidad adeudados desde el 1 de mayo de 2012; la sanción moratoria por no pago oportuno de las prestaciones del artículo 65 del CST y la establecida en el artículo 99 de la ley 50/90, y la indexación de las sumas anteriores.

Como pretensión subsidiaria solicita el reconocimiento de la suma de \$2.086.672 que fueron retenidos sin autorización por la empleadora al terminar el vínculo laboral, si como la sanción moratoria a partir del 8 de septiembre de 2016.

Condenar ultra y extra petita, y en costas a la demandada.

## **ADMISION Y CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

La demanda fue admitida mediante auto de diciembre 4 de 2017 (folio 393), y la demandada El HUCSR, dio contestación a la demanda (fls. 422 a 430), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, (fl. 466).

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 2° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 20 de septiembre de 2021, **CONDENÓ** a la demandada HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL (HUCSR) a pagar a favor de **AMPARO CEDEÑO DIAZ**, las siguientes sumas: \$2.301.906 por compensatorios dominicales, \$108.881 por acreencias laborales 2014, \$225.715 por acreencias laborales 2015, \$68.357 por acreencias laborales 2016, \$291.053 por horas extras diurnas, nocturnas, dominical y festivo, \$227.287 por acreencias laborales 2016 factor salarial por alimentación. La indexación de los anteriores valores, desde su causación hasta que se haga efectivo el pago.

DECLARO parcialmente probada la excepción de prescripción. Impuso costas a la demandada, y ABSOLVIO de las demás pretensiones.

Se adicionó la sentencia a petición de la parte actora, en lo relativo a la indemnización por no consignar las cesantías a un fondo, prevista en el artículo 99 de la ley 50/90, absolviendo a la demandada, ya que no se acreditó el actuar de mala fe de la demandada.

### **RECURSO DE APELACION**

Inconforme con la anterior decisión, las **partes** interpusieron recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, de acuerdo a los siguientes argumentos:

**APELACION PARTE DEMANDANTE:** Sustenta el recurso de apelación, en el orden en que fue decidido por el Juzgado. En primer lugar no está de acuerdo con negar el fuero circunstancial al considerar que no existía un conflicto colectivo de trabajo, pues de los documentos y pruebas allegadas se demuestra que si existía un conflicto colectivo al momento del despido, y además la orden constitucional ordeno rehacer la negociación, y en ningún momento la dejó sin validez, y esto cobro vigencia a partir de que quedo en firma la decisión de la Corte Suprema de Justicia que anulo parcialmente el Laudo Arbitral que dirimió el conflicto colectivo

entre las partes, anterior. La presentación de un nuevo pliego, y en ese orden rehacer la negociación en la etapa de arreglo directo, revivió más bien estableció la vigencia de ese conflicto colectivo de trabajo, dentro del cual se dispuso la terminación del contrato de trabajo de la demandante y de allí deriva su derecho, a que se considere que tiene fuero circunstancial.

En lo que tiene que ver con la reliquidación de la totalidad de salarios y prestaciones, y específicamente con la incidencia salarial del bono Sodexho, el recurso se interpone parcialmente, solo para establecer que si obra en el expediente prueba que dispone el reconocimiento de este bono a la trabajadora durante la existencia del vínculo laboral por aceptarlo expresamente la demandada en la contestación de la demanda, también por la firma del otrosí de exclusión salarial que se declaró ineficaz, debe reconocerse durante toda la relación laboral, o al menos desde la firma del otrosí, y no solo en el 2016 como lo hizo el fallo; deberá reconocerse en los mismos términos que se hizo con las demás reliquidaciones, atendiendo el término de prescripción alegado y declarado.

En cuanto a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y del artículo 99 de la ley 50/90, me parto de los criterios del fallo, porque ninguna de las disposiciones a las que hacen referencia los fallos referidos de la Corte Suprema, señala como requisitos para su aplicación la buena o mala fe del empleador, las normas simplemente exigen que se acredite una falta de pago al momento de la terminación del contrato de trabajo, y qui quedo demostrado que al terminar el contrato la demanda quedo adeudando cesantías de los años 2014, 2015 y 2016, no se pagaron de manera completa y en esa medida aplica la norma. Si en gracia de discusión se aceptara que debe demostrarse la mala fe, debe valorarse el hecho que la demandada no reconociera debidamente los salarios y prestaciones, en la medida que no pagaba los dominicales y festivos como era debido, ni reconocía las horas extras, como lo encontró probado el Juez.

En cuanto al descuento, me aparto de la decisión, en la medida que la suma que se le pago a la trabajadora fue motivado por una decisión de tutela que amparo su derecho a la igualdad, y lo hizo de buena fe. Sin embargo al ser revocada la tutela la demandada le descontó de su liquidación al ser retirada del servicio, sin tener en cuenta que ella contaba con justo título cuando recibió esos valores, y además la demanda hizo extensivos esos derechos a los trabajadores sindicalizados con la firma de una convención colectiva de trabajo, que en este

caso no se aplicó a la trabajadora. En ese sentido reconocer que la trabajadora tiene derecho a que se le devuelvan las sumas descontadas.

En lo que tiene que ver con la terminación del contrato de trabajo por justa causa, no desconozco el desarrollo jurisprudencial sobre este aspecto, pero básicamente hago referencia al transcurso del tiempo que transcurrió desde la fecha que el hospital fue notificado del reconocimiento de la pensión a la trabajadora, y en que decide dar por terminado el contrato de trabajo, a pesar que el Juzgado dice que no aplica el principio de inmediatez, creo que pierde vigencia la causal al transcurrir más de tres años desde que se reconoció la pensión, pido se valore que se hizo uso abusivo, de este causal.

Frente a los aportes a seguridad social, si bien es cierto que cuando el trabajador acredita los requisitos mínimos para pensión de vejez cesa la obligación de pagar aportes, también lo es que cuando existe una relación de trabajo vigente es obligación del empleador pagar aportes al sistema de seguridad social, hasta tanto se reconozca la prestación al trabajador, en este caso me aparto del criterio del juzgado y solicito se reconozcan estos aportes a menos hasta el momento que se le reconoció la pensión.

**APELACION PARTE DEMANDADA:** Solicita que el tribunal revoque todas y cada una de las condenas impuestas a la demandada, relacionadas con las reliquidaciones que el despacho enumero en la parte resolutive.

Lo primero en cuanto la ineficacia de la cláusula que acordaron las partes para el pago del Sodexco del bono de alimentación como no constitutivo de salario, carece de fundamento pues viola no solamente lo estipulado en la ley 50/90, sino la autonomía y voluntad de las partes; pues un auxilio de alimentación, así sea un pago periódico puede desnaturalizarse y pesar que tiene naturaleza salarial, cuando precisamente así se pactó.

En cuanto a reliquidación y pago de dominicales y horas extras y compensatorios, pues la liquidación de las mismas no se encuentra acreditada en el expediente, tal como lo sostenido por la Corte y el tribunal de Bogotá, que tanto las horas extras, dominicales, festivos, recargos suplementarios deben acreditarse, día a día, hora a hora, minuto a minuto, y no aparece en el expediente prueba que demuestra haber laborado ese trabajo suplementario. Por eso las reliquidaciones que corresponden al presunto no pago o compensación de estas sumas, pues al

no ser acreditadas tampoco podrían ser objeto para una reliquidación, máxime que dentro de las pruebas presentadas al constar la demanda, estaban las planillas de pago, en las cuales se aportaron reliquidación y consignación de las cesantías, el pago de planillas y comprobantes al sistema de seguridad social de 2012 a 2016, pagos de auxilio de. Cesantías 2013 a 2015, y los pagos correspondientes a la nómina de 2016, en donde se puede verificar que se le pagaron a la trabajadora todos los conceptos que allí aparecen, sin que se pueda demostrar que se laboró trabajo suplementario, horas extras, dominicales o festivos, o que no se dieron los compensatorios correspondientes, ya que al indicarse, que los que se pide es una reliquidación, era carga probatoria de la demandante acreditarlo.

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 los recurrentes les mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:**

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1)** Sí hay lugar a tener como ineficaz el pago mensual del bono de alimentación Sodexho ; y si hay lugar a reliquidación y pago de dominicales, festivos, horas extras y compensatorios, conforme la inconformidad de la demandada; **2)** Si la demandante estaba cobijada por el fuero circunstancial al momento del despido, configurándose el despido como injusto; **3)** si hay lugar a reliquidar las prestaciones teniendo en cuenta el bono Sodexho, durante toda la relación laboral; **4)** si hay lugar a las indemnizaciones del artículo 65 del CST y 99 de la ley 50/90; **5)** Si es viable ordenar la devolución del descuento efectuado a la trabajadora a la terminación del vínculo laboral; **6)** Si hay lugar a ordenar los aportes a seguridad social a partir de la fecha en que se reconoció y pago la pensión de vejez a la demandante.

### **EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:**

Sea lo primero precisar, que no fue motivo de inconformidad la declaratoria del contrato de trabajo a fijo que fue prorrogado, en el cual se desempeñaba como Auxiliar Administrativo de Facturación entre **AMPARO CEDEÑO DIAZ** y el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL, vigente desde el 23 de junio de 1998, y que fue terminado el 7 de septiembre de 2016 por el empleador, alegando justa causa contemplada en el numeral 14 del artículo 62 del CST.

### **SOLUCION A LOS PROBLEMAS JURIDICOS:**

Procede la Sala a estudiar la inconformidad de la apelante demandada sobre la validez de la exclusión salarial suscrita por las partes sobre el bono de alimentación Sodexco, al igual que la inconformidad de la demandante, en cuanto a que ese reconocimiento se debe hacer por toda la relación laboral, al menos desde que se declaró la prescripción.

Al respecto, el art. 127 del C.S.T. preceptúa:

**“ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES.** *Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.*

Por su parte, el artículo 128 de la misma norma señala que **NO** constituyen salario los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyan salario en dinero o en especie.

De allí se sigue que «*independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial*» (CSJ SL12220-2017).

Teniendo en cuenta lo anterior, las partes optaron por suscribir contrato de trabajo a término fijo (f.13 y 14), el cual fue prorrogado, y estuvo vigente hasta su terminación por justa causa alegada por el empleador.

Así pues, a folios 15 del plenario reposa copia del otrosí o clausula adicional al contrato de trabajo de fecha marzo 1 de 2003, donde se especifica que el bono Sodexho Pass no constituye salario. Igualmente, a folio 16 aparece otrosí o clausula adicional de fecha junio 3 de 2003 donde se establece que se excluye como salario las primas, auxilio de alimentación etc.

Se tiene pues que de conformidad con los comprobantes de nómina para los periodos enero a agosto de 2016 que obran a folios 439 y SS del expediente, se logra corroborar que efectivamente la demandante devengó de manera permanente y durante el año 2016 de la relación laboral la suma de \$115.900 por concepto de bono de alimentación, o bono Sodexho.

Conforme lo anterior, se logra acreditar la habitualidad de su pago, situación que se logra corroborar además, con lo manifestado por el representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte.

Conforme la prueba allegada al plenario se logra evidenciar, contrario a lo afirmado por los apelantes, que el pago por concepto de auxilio de alimentación o bono Sodexho aparece reconocido y pagado a la demandante todos los meses desde enero a agosto de 2016, conforme se evidencia de los comprobantes de nómina

Así mismo, vale la pena traer a colación la sentencia SL479 de 2023, mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó que *“Error de hecho de ad quem al considerar que los auxilios de salud, alimentación y/o educación no debían ser tomados en cuenta como factor salarial para la liquidación por **haberse pactado su desalarización con el demandante, toda vez que dichos pagos eran constantes y tenían como causa la retribución de los servicios prestados.**”*

En ese orden de ideas, si bien existe un pacto de exclusión salarial, conforme se observó anteriormente, y lo aduce la demandada, en este caso en particular no resulta válida, pues la facultad conferida a la partes en el artículo 128 del CST no permite despojar de incidencia salarial a un pago claramente retributivo del servicio personal prestado, pues como lo ha sostenido esta corporación, «[...] la

*ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»* así se le dé una denominación que en apariencia podría no ser salario (CSJ SL, 13 junio de 2012, radicación 39475, reiterada en sentencia SL205 de 2023).

Así, frente la falta de material probatorio que desvirtúe el carácter retributivo de los valores recibidos por concepto de auxilio de alimentación, por el año 2016 no queda otro camino que confirmar en este aspecto la decisión de primer grado, y por consiguiente no se accede a lo pedido por la demandante, pues no se probó la percepción de dicho auxilio durante toda la relación laboral, como lo pretendía, y el hecho de existir la cláusula de exclusión desde el año 2003 que se declaró ineficaz, no indica que se pueda acceder a cancelar dichos rubros por todo el tiempo, al carecer de prueba idónea que indique al juzgador el monto cancelado antes de 2016 por concepto de auxilio de alimentación o bono Sodexho.

En relación con el pago de dominicales, horas extras y compensatorios que la parte demandada pretende que sean revocadas por no encontrarse acreditado probatoriamente su causación. Sobre este asunto, el operador de primer grado estableció que la trabajadora tenía derecho al descanso compensatorio remunerado por haber laborado habitualmente los dominicales, de conformidad con lo normado en el artículo 180 y 181 del CST, de tal forma que ante el trabajo habitual en día de descanso no solo deberá descansar compensatoriamente en forma obligatoria y remunerada en la semana posterior a convenir con el empleador, sino que deberá devengar la retribución a título de recargo del 75% respecto al salario ordinario, sumándose al salario ordinario dicha compensación en dinero, por tanto impuso condena de un día de salario ordinario por cada día dominical trabajado, ya que de las pruebas allegadas por la empresa no se evidencia que se hubiere pagado suma alguna por los días compensatorios, que efectivamente fueron laborados.

Procede la Sala a verificar el caudal probatorio acreditado por el a quo, para imponer condena por los compensatorios en dinero con motivo del trabajo en dominicales y festivos, teniendo en cuenta para ello, los registros biométricos de junio 16 de 2013 a septiembre 7 de 2016, (folios 31 a 51 del expediente digital), las nóminas de enero de 2013 a agosto de 2016 (folios 53 a 102), la certificación laboral que refleja los salarios básicos devengados de 2011 a 2016 (fl.107); los cuales dan cuenta efectivamente que la trabajadora laboro habitualmente los dominicales, tanto diurno como nocturno, el cual le era cancelado mes a mes, pero

en ningún momento se refleja en los comprobantes de pago, la cancelación del compensatorio en dinero como lo ordena la ley, dando lugar a confirmar en este punto lo decidido en primera instancia. Sin que sean suficientes las manifestaciones de la demandada apelante, cuando hace referencia a la ausencia de prueba de la parte demandante sobre haber laborado horas extras, o trabajo suplementario, cuando la condena impartida comprende únicamente el pago compensatorio en dinero por el trabajo habitual en domingo tanto diurno como nocturno, el cual contrario a lo manifestado por la demandada apelante, no fue debidamente probado en el plenario.

Ahora, en cuanto a la inconformidad de la demandante, en primer lugar, aduce la existencia real del fuero circunstancial, ya que en el momento del despido existía un conflicto colectivo, ya que por una acción constitucional de tutela se había ordenado rehacer la negociación.

Para la Sala los argumentos de la apelante no están llamados a prosperar, pues claramente para el momento de la terminación del contrato por justa causa, es decir el 7 de septiembre de 2016, no se encontraba vigente ningún tipo de conflicto colectivo entre la demandada y el sindicato, del cual era parte la demandante.

Se puede establecer meridianamente a folio 240 a 243, que ante orden de tutela que había ordenado dar inicio a la etapa de arreglo directo sin que se hubiera resuelto el conflicto iniciado mediante pliego de peticiones presentado por el Sindicato en abril 14 de 2014 (f.207 a 221), el Ministerio del Trabajo expide la resolución 606 de febrero 24 de 2016 ordenando convocar un tribunal de arbitramento para dirimir el conflicto colectivo entre el sindicato y la demandada. Esta decisión es dejada sin efecto ante acción de tutela interpuesta por el Hospital, mediante fallo de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 27 de julio de 2016(folio 276 a 294), el cual apelado por el sindicato, es confirmado el 14 de septiembre de 2016 por la Sala de Cesación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (f.295 a 314).

Una de las razones principales para amparar los derechos fundamentales del hospital demandado, obedeció a que cuando se presentó el pliego de peticiones en abril 14 de 2014, aun se encontraba pendiente de resolución el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral de junio 20 de 2013 (f.51 a 175), el cual solo resolvió la Sala de Cesación Laboral mediante fallo SL10179 de julio 1 de 2015(f.177 a 205). De tal forma que el inicio del conflicto colectivo se consolidó

con la iniciación de la etapa de arreglo directo que inicio el 14 de octubre de 2016 (f.317), fecha posterior a la terminación del vínculo laboral.

También se procede a establecer, si como lo aduce la apelante, la causal de terminación del contrato por justa causa consagrada en el artículo 62 numeral 14 del CST fue extemporánea, al haberse pensionado la actora en el año 2013 y efectuarse el retiro tres años después en el año 2016, manifiesta que no desconoce la línea jurisprudencial citada en el fallo, pero que se estudie en conjunto los hechos abusivos de esta causal de despido en contra de la trabajadora. No encuentra la sala que la discrepancia de la apelante pueda enervar la decisión tomada en primera instancia; pues claramente la facultad que tiene el nominador o empleador de dar por terminado el contrato cuando quiera que el trabajador haya obtenido el reconocimiento de la pensión de vejez, no requiere el requisito de la inmediatez, pues es una causal que puede aplicarse en cualquier tiempo, siendo exigible únicamente el que el empleador de aviso con 15 días de anticipación, y garantice que una vez retirado el trabajador perciba en forma inmediata su mesada pensional, considerándose un derecho irrenunciable al mínimo vital.

En este caso no se está violentando a la demandante ningún derecho fundamental, pues es una prerrogativa del empleador el hacer efectiva la causal tan pronto tenga conocimiento del reconocimiento pensional, o con posterioridad, si esa es su voluntad, con lo cual no se causa ningún agravio al trabajador pensionado, tal como lo dejo sentado nuestro órgano de cierre en la sentencia SL 3108 de 2019.

El juzgador de primera instancia absolvió a la demandada HUCSR del pago de la indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST, y de la consagrada en el artículo 99 de la ley 50/90, I encontrar que no se demostró la mala fe del empleador.

Inconforme con la anterior decisión, señala la demandante que las sumas adeudadas a la señora AMPARO CEDEÑO DIAZ obedecieron al no pago de las cesantías, horas extras y dominicales como lo estableció el fallo, que la norma en ningún aparte exige que se demuestre la mala fe, que el simple hecho de no pagar correctamente amerita las indemnizaciones moratorias.

Así las cosas, el artículo 65 del CST dispone que sí *a la terminación del contrato*, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

En sentencia CSL SL6621-2017, entre otras, se recordó que esta sanción por mora no se impone de manera automática. En esa oportunidad consideró el máximo Tribunal que *«la Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016)»*.

Así las cosas, como quiera, que de conformidad con las pruebas allegadas al plenario, se tiene por cierto que durante toda la relación laboral la empleadora cancelo oportunamente los salarios y prestaciones sociales a la demandante, igualmente a la terminación del contrato su liquidación final, no se nota un actuar de mala fe, puesto que la negativa a tener el auxilio de alimentación como factor salarial obedeció al otrosí que lo excluyó como factor salarial, que solo en este proceso se determinó su ineficacia; igualmente de los comprobantes de nómina allegados se constata que se le giraron oportunamente los salarios, las horas extras, y los dominicales y festivos, demostrándose únicamente la ausencia de la compensación de los dominicales en dinero, que fue objeto de condena, lo cual contrario a lo afirmado por la apelante, no logra demostrar el actuar de mala fe por parte de la sociedad demandada. Razón por la cual se confirmara en este punto la absolución impuesta a la demandada.

Respecto al descuento efectuado en la liquidación final del contrato de trabajo, suma que le fue cancelada a la trabajadora en virtud de un fallo de tutela que amparo los derechos a la igualdad de los trabadore sindicalizados frene a los no sindicalizados, alega la apelante que recibió los dineros de buena fe, y que los incrementos salariales y la bonificación que le fueron cancelados no podían ser descontados de su liquidación, pues cuando los recibió contaba con un justo título como era la sentencia de tutela, y no es justo que se los descontaran, cuando después de ser despedida esos derechos se hicieron extensivos a los miembros del sindicato.

Para la Sala esas sumas fueron correctamente descontadas de la liquidación final de prestaciones, porque si bien es cierto, que mediante fallo de tutela proferido por el Juzgado 2 Penal Municipal en abril 21 de 2016 hizo extensivos los beneficio de los trabajadores no sindicalizados a los sindicalizados, lo cual motivo que la empresa le pagara una reliquidación de salarios y bonificaciones de \$2.909.308 (f.260), esta decisión fue revocada en su integridad por el Juzgado 37 Penal del Circuito de Conocimiento(f.261 a 275), lo que motivo que la empresa mediante oficio que aparece a folios 324 a 326 solicitara ala trabajadora la devolución de la suma pagada, la cual había quedado con motivo de la revocatoria del fallo de tutela, sin sustento jurídico alguno.

Entonces correspondía a la trabajadora devolver las sumas pagadas, lo cual solo fue posible con la liquidación final de prestaciones, pues este descuento se dio en virtud de mandamiento judicial, la cual es una excepción a la prohibición a los empleadores de deducir o compensar sumas de dinero de los salarios y prestaciones, solo puede hacerlo cuando se trate de un mandamiento judicial como lo fue la revocatoria del fallo de tutela que ordenaba pagar esos emolumentos, como se consagra en el ordinal 1 del articulo 59 del CST.

Finalmente la demandante muestra su desacuerdo con la absolución de los aportes a seguridad social, pues considera que si bien al obtener la pensión de vejez cesa la obligación de pagar aportes, también es cierto que cuando existe una relación de trabajo es obligación del empleador pagar los aportes al régimen de seguridad social, hasta tanto se reconozca la prestación al trabajador, solicitando se reconozcan los aportes a seguridad social, por lo menos hasta que la trabajadora obtuvo su pensión de vejez.

Se despachara desfavorablemente esta suplica, pues claramente la empresa demandada fue notificada del reconocimiento de la pensión de vejez otorgada a la demandante por Colpensiones, a partir de septiembre de 2013 como aparece a folios 109 a 116, fecha a partir de la cual la demandada dejo de cotizar al sistema de seguridad social en pensiones. Bajo estas previsiones no tiene asidero la inconformidad de la apelante que solicita en la alzada se reconozca los aportes hasta esta data.

Bastan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** en este su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

**COSTAS.**

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de septiembre de 2021.

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

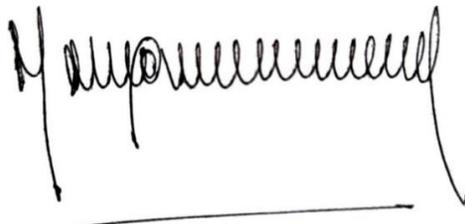
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**MILLER ESQUIVEL GAITÀN**