



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 27-2020-00213-01**

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

**DEMANDANTE: OLGA LUCIA ALZATE ROLDAN**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR S.A,**  
**ASUNTO: APELACIÓN DEMANDADAS /CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, y consulta Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderado sustituto de Colpensiones a MARIA CLAUDIA TOBITO MONTERO CC 1.020.786.735 y TP 300.432 del CSJ, según sustitución otorgada por CLAUDIA LILIANA VELA CC 65701747 y TP 123148 del CSJ, quien actúa como representante legal de la firma CAL& NAF ABOGADOS SAS a quien Colpensiones otorgo poder general que anexan.

La demandante y las demandadas, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en

auto de agosto 29 de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

**OLGA LUCIA ALZATE ROLDAN** 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 régimen pensional realizado por **OLGA LUCIA ALZATE ROLDAN** el 17 de diciembre de 2003 al RAIS administrado por Porvenir. Declarar que continua afiliada al RPM administrado por Colpensiones.

Condenar a la AFP PORVENIR SA a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual con aportes y rendimientos. Se ordene a Colpensiones recibirlos aportes. Se condene en Costas, y agencias en derecho, ultra y extrapetita.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Admitida la demanda mediante auto de junio 1 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y PORVENIR, en tiempo, como consta en auto de abril 26 de 2022; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 27 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 17 de agosto de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado de **OLGA LUCIA ALZATE ROLDAN**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por AFP PORVENIR SA el 21 de noviembre de 2003. **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de **OLGA LUCIA ALZATE ROLDAN** como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, frutos e intereses generados, sin descuento alguno por gastos de administración, comisiones, aporte al fondo de garantía de pensión mínima, ni primas de seguros previsionales. Se

ordena a COLPENSIONES a afiliarse a **OLGA LUCIA ALZATE ROLDAN** al RPM y recibir cotizaciones de Porvenir SA. Declarar no probadas las excepciones propuestas. Costas a cargo de Porvenir SA; y **CONCEDIÓ** apelación a las demandadas, y a Colpensiones, además, el grado jurisdiccional de consulta.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

En su apelación PORVENIR SA, solicita revocar y absolver, pues considera que contrario a lo dicho en el fallo, el formulario firmado era el único documento exigido legalmente para la época del traslado de régimen, no solo se cuenta con el formulario para demostrar el deber de información, sino que en el interrogatorio de parte hay una confesión de la demandante, donde afirma que si se le dio información tanto de las ventajas como las desventajas de cada régimen, además asegura que se afilio de manera libre y voluntaria.

Además, la ignorancia en la ley no sirve de excusa, pues desde la ley 100/93 se establecen los requisitos de cada régimen, y la demandante estaba obligada a conocer la ley.

Tampoco se pueden devolver los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pues estos también son cobrados en el RPM del 3% de la cotización mensual, y estos gastos no hacen parte de la pensión, y hace mal el despacho en no declarar probada la excepción de prescripción sobre estos.

Colpensiones al recibir estos dineros incurriría en un enriquecimiento sin causa, pues estos no pertenecen al afiliado, sino al fondo al que estuvo vinculado, y no se pueden aplicar las facultades ultra y extra petita, pues estas pretensiones no se solicitaron en la demanda.

Si se declara que todas las cosas vuelven a su estado anterior, lo consecuente sería ordenar la devolución de los aportes con los rendimientos que se hubieren generado en el RPM, por tanto, en caso de confirmar el fallo solicito compensar lo correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, con los rendimientos financieros que se produjeron en el RAIS.

COLPENSIONES, solicita se revoque la decisión y se absuelva a Colpensiones.

En este caso el juzgado señala que solo existe el formulario, y que no existe prueba del consentimiento informado, lo cual es imposible porque el demandante no recuerda las circunstancias, en que se afilio al RAIS.

Solicita al tribunal que no permita la inversión de la carga de la prueba, pues en el interrogatorio de pare se puede inferir que si hubo una información del RAIS, que le permitió tomar la decisión de trasladarse.

El hecho que se reciban los aporte sin descuento alguno en Colpensiones, si afecta el equilibrio financiero de Colpensiones; pues esa persona no fue tenida en cuenta en las proyecciones pensionales, y no venía aportando al fondo común de reparto, que es diferente al fondo privado en donde los aportes son individuales. Mas cuando no ordena la indexación de los gastos de administración, los seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

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

### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA, efectuado por **OLGA LUCIA ALZATE ROLDAN** el día 21 de noviembre de 2003; **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 la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 21 de noviembre de 2003 (f-76/contestación Porvenir SA)

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: Certificado Asofondos, SIAFP, certificado, formulario de afiliación, relación de aportes, relación de movimientos, historia laboral, historia laboral OBP, respuesta petición abril 23 de 2020, comunicado de prensa el tiempo, concepto de Superintendencia Financiera de enero 17 de 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 21 de noviembre de 2003, 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 21 de noviembre de 2003, la demandante tenía 676.7 semanas ( F,98 contestación Porvenir), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 28 años (nació el 21 de octubre de 1966 f-12 demanda-expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2023 (precisando que para febrero de 2021, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Porvenir S.A., la demandante había cotizado más de 1542 semanas, ( f.98 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 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

De otra parte, contrario a lo manifestado por los apelantes, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta

Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el(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 21 de noviembre de 2003, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

*los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”*

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se 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 apelantes, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

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

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

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

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

**pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.**

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

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

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

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

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, 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 **OLGA LUCIA ALZATE ROLDAN** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR SA, el 21 de noviembre de 2003; y Se aclarara la decisión, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA 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:**

No hay lugar a la imposición de 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 17 de agosto de 2022 por el Juzgado 27 Laboral el Circuito de Bogotá, ACLARANDOLA en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración,

las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP Porvenir SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

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

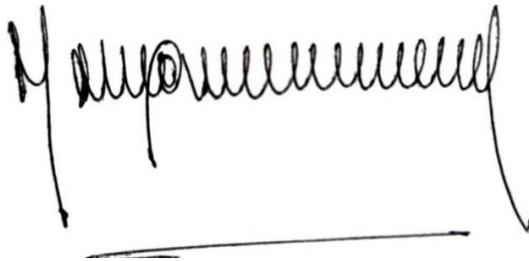
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



Aclaro voto  
**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**MILLER ESQUIVEL GAITAN**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Olga Lucía Alzate Roldán  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**027-2020-00213-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**  
**Magistrada**

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

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

Código de verificación: **594c80ec04e81bd0ddf72df03a3d2a256c2fde88e390a16ff8aff4961748dc14**

Documento generado en 28/02/2023 02:04:16 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 19-2019-00206-01**

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

**DEMANDANTE: MARTHA EDITH RODRIGUEZ**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR S.A,**  
**ASUNTO: APELACIÓN DEMANDANTE Y DEMANDADAS Y CONSULTA-**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la demandante y las demandadas, y consulta Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderado sustituto de Colpensiones al abogado ELKIN FABIAN CASTILLO CRUZ CC 80282676 y TP 261451 del CSJ, según sustitución otorgada por CLAUDIA LILIANA VELA CC 65701747 y TP 123148 del CSJ, quien actúa como representante legal de la firma CAL& NAF ABOGADOS SAS a quien Colpensiones otorgo poder general que anexan.

La demandante y las demandadas, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en

auto de agosto 18 de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

**MARTHA EDITH RODRIGUEZ** 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 nulidad e ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por **MARTHA EDITH RODRIGUEZ** por estar viciado el consentimiento de la demandante y por falta de información. Declara que no hubo solución de continuidad en la afiliación, y que debe trasladarla a Colpensiones los aportes, rendimientos e intereses, gastos de administración.

Condenar a la AFP PORVENIR SA a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes y sus rendimientos, gastos de administración, intereses y demás; y a Colpensiones a recibir dichos dineros, y continuar la afiliación sin solución de continuidad. Costas y agencias en derecho, y ultra y extrapetita.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Admitida la demanda mediante auto de marzo 20 de 2019, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y PORVENIR, en tiempo, como consta en autos de julio 30 de 2019 y mayo 27 de 2021; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 19 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 4 de mayo de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado de **MARTHA EDITH RODRIGUEZ**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por AFP PORVENIR SA el 7 de abril de 1999; **DECLARÓ** válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones desde el 7 de diciembre de 1981 como si nunca se hubiere trasladado. **CONDENÓ** a la

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de **MARTHA EDITH RODRIGUEZ** como cotizaciones, aportes adicionales, rendimientos financieros, intereses y comisiones, y sin descuentos de gastos de administración con destino a COLPENSIONES, sumas indexadas. Y se declara que COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas. Sin costas; y **CONCEDIÓ** apelación a las partes, y a Colpensiones además, el grado jurisdiccional de consulta.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante apelo la decisión únicamente en lo que tiene que ver con las costas, ya que las demandadas fueron vencidas en juicio; solicita al tribunal imponer costas conforme lo normado en el artículo 365 del CGP.

En su apelación PORVENIR SA, considera que no le asiste razón alguna para devolver a la demandante al RPM ante una supuesta ausencia de información, pues no hay norma legal que consagra la falta de información como causa de ineficacia o nulidad de la afiliación.

El artículo 271 de la ley 100/93 no consagra expresamente la ineficacia por falta de información al afiliado, ya que es eminentemente sancionatorio, para quienes atenten contra el derecho a la afiliación o selección de régimen de seguridad social en pensiones, se sanciona al fondo.

Con el interrogatorio rendido por la demandante se demostró que suscribió el formulario sin presiones y de manera libre y voluntaria. El despacho se alejó de las normas vigentes aplicables a este caso.

En caso de confirmarse la ineficacia, solicita no se ordene la devolución de los gastos de administración, porque los mismos se descontaron de acuerdo al ordenamiento legal, y se utilizaros para administrar los dineros del afiliado.

COLPENSIONES, interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida así:

La ineficacia decretada por el juzgado se basó en la falta del deber de información, pasando por alto que para esa fecha la norma aplicable era la ley 100/93, que lo único que exigía era la suscripción del formulario de afiliación; para esa fecha no se

habían expedido la ley 1748 de 2014, ni el decreto 2071 de 2015 con los cuales nace la obligación de una doble asesoría.

No es razonable imponer a las aseguradoras obligaciones que no estaban en el ordenamiento legal al momento de efectuarse el traslado de régimen, desvirtuando el principio de confianza legítima.

No se tiene en cuenta el principio de relatividad jurídica dado que Colpensiones es un tercero en este asunto, y es de recordar que los actos jurídicos tienen efectos inter partes, y Colpensiones no puede ser perjudicado.

En cuanto a la carga de la prueba del deber de información, solo a partir de 2016 se expidió norma que obligaba a informar a los afiliados las ventajas y desventajas, pues desde 1994 hasta 2016 solo se exigía la suscripción del formulario. La accionante ha permanecido durante más de 23 años resultando afectada Colpensiones en su equilibrio financiero.

La ley 712 de 2003 prohíbe trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para llegar a la edad de pensión, y los aportes que recibiría Colpensiones no alcanzan para sufragar la pensión de la afiliada.

En caso de confirmar la decisión, solicita adicionar la sentencia en cuanto a la devolución también de los descuentos por seguros previsionales. Y que solo se obligue a Colpensiones a reactivar la afiliación, pero una vez el fondo privado haya entregado todos los dineros y rendimientos objeto de condena.

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

#### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA, efectuado por **MARTHA EDITH RODRIGUEZ** el día 7 de abril 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 afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 7 de abril de 1999 (f-29 dda. y/contestación Porvenir SA)

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** apporto: formulario de afiliación, certificado, viabilidad y

vinculaciones SIAFP, historia de movimientos, historia laboral OBP, respuesta petición de septiembre 28 de 2018, y febrero 14 de 2019, comunicado de prensa el tiempo, concepto de Superintendencia Financiera de enero 17 de 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 7 de abril 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 7 de abril de 1999, la demandante tenía 457 semanas ( F,31 dda.), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 20 de junio de 1963 f-24 demanda-expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2020 (precisando que para marzo de 2020, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Porvenir S.A., la demandante había cotizado más de 1451 semanas, ( f.175 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 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera

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

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el(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 7 de abril de 1999, la cual la llevó a tomar la decisión de

trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

*(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo 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 la demandada apelante, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

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

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

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

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

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

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

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

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

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, 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 **MARTHA EDITH RODRIGUEZ** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR SA, el 7 de abril de 1999; y Se aclarara la decisión, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA 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:**

La demandante centra su inconformidad con la no condena en costas por parte del a quo, y solicita se condene en costas a las demandadas por haber sido vencidas en juicio. En efecto el artículo 365 del CGP en su ordinal 1 establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; 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, pretensión que salió avante, y en la cual no medio ninguna participación de Colpensiones, por tanto habrá lugar a condena en costas a cargo de Porvenir SA, mas no a cargo de Colpensiones, por lo que se accederá parcialmente a lo solicitado por la actora apelante. Fíjense como agencias en derecho a cargo de Porvenir SA y a favor de la demandante la suma de medio salario mínimo legal vigente.

No hay lugar a la imposición de 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 4 de mayo de 2022 por el Juzgado 19 Laboral el Circuito de Bogotá, ACLARANDOLA en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP Porvenir SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: Las COSTAS** en primera instancia estarán 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 a cargo de AFP Porvenir SA y a favor de la demandante.

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: Martha Edith Rodríguez  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**019-2019-00206-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**  
**Magistrada**

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

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

Código de verificación: **4e493cebe640cc58051cf23434859e85d1ff2b7471f084ce91820c5a858d9655**

Documento generado en 28/02/2023 02:04:16 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 03-2018-00523-01**

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

**DEMANDANTE: MARIE EVE PIERRE BEVERLY CAROLINE DETOEUF**  
**DEMANDADOS: COLPENSIONES Y AFP PROTECCION S.A.**  
**ASUNTO: APELACION PROTECCION SA Y**  
**COLPENSIONES/CONSULTACOLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de la sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderado sustituto de Colpensiones al abogado JAIME ANDRES ZULUAGA CASTAÑO CC 1053806084 y TP 287279 del CSJ, según sustitución otorgada por MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ GAITAN CC 80421257 y TP 86117 del CSJ, quien actúa como representante legal de la firma WORLD LEGAL CORPORATION a quien Colpensiones otorgo poder general que anexan.

El demandante y Colpensiones, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en

auto de agosto 16 de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

**MARIE EVE PIERRE BEVERLY CAROLINE DETOEUF** 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 nulidad del traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS a través de AFP Davivir hoy AFP Protección SA. Que se declare que la demandante se encuentra afiliada válidamente al RPM. Que es beneficiaria del régimen de transición. Que cumple los requisitos para pensión de vejez.

Que se condene a AFP PROTECCION SA a trasladar el valor de los aportes, junto con los rendimientos, bonos pensionales y sumas adicionales con intereses a Colpensiones.

Condenar a COLPENSIONES a corregir la historia laboral, y a pagar la pensión de vejez.

Se condene ultra y extrapetita, en costas y agencias en derecho.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Admitida la demanda mediante auto de marzo 1 de 2019, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y AFP PROTECCION SA, en tiempo, como consta en auto de marzo 29 de 2022; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 3° Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 10 de mayo de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del traslado al RAIS efectuada por **MARIE EVE PIERRE BEVERLY CAROLINE DETOEUF** al AFP ING SA, LUEGO AFP DAVIVIR SA Y HOY AFP PROTECCION SA el 6 de marzo de 2000, con efectividad 1 de mayo de 2000 entendiendo vinculada a la demandante a Colpensiones.

CONDENAR a AFP PROTECCION SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de **MARIE EVE PIERRE BEVERLY CAROLINE DETOEUF** por cotizaciones obligatorias, voluntarias de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimido, con los rendimientos financieros que produjo el dinero, sin descuento alguno, y por ningún concepto.

ORDENAR a Colpensiones aceptar el traslado y proceder a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiera trasladado, actualizar la historia laboral en semanas de tiempo actualizado.

Declarar no probadas la excepción de prescripción propuesta por los demandados.

CONDENAR a Colpensiones a corregir la historia laboral de la demandante **MARIE EVE PIERRE BEVERLY CAROLINE DETOEUF**, una vez allegue la certificación en original y actualizada por parte de la Universidad Externado de Colombia, y que aplique esta corrección teniendo en cuenta no solo el nombre correcto de la demandante, sino el número de cedula y la condición de ser una cedula de extranjería, de modo que no se permitan confusiones futuras.

Absolver a las demandadas de las demás pretensiones.

Costas a cargo de Protección y Colpensiones. Apela Colpensiones y protección, Consulta a favor de Colpensiones.

#### **APELACION Y CONSULTA:**

AFP PROTECCION SA apela el fallo, solo en cuanto se ordena el traslado a Colpensiones de los gastos de administración y seguros previsionales; pues considera que los mismos están previamente establecidos en la ley, y son precisamente a favor del fondo privado por la administración de los dineros del afiliado, actividad que no hizo Colpensiones durante el lapso de afiliación al fondo, De hacer el traslado de dichos fondos se constituiría en un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.

De otra parte el seguro previsional se paga a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y estas aseguradoras no fueron vinculadas al proceso, y el riesgo asegurado se mantuvo durante el vínculo, y el afiliado nunca estuvo desprotegido.

COLPENSIONES apela la decisión en cuanto que al momento de solicitar trasladarse nuevamente a Colpensiones estaba inmersa en la prohibición establecida en la ley 797 de 2003, pues le faltaban diez años o menos para llegar a la edad pensional.

La Corte Suprema ha dicho que los contratos obligan a quienes forman parte de ellos, y en este traslado que hizo inicialmente la afiliada, nada tuvo que ver el ISS hoy Colpensiones. Es entonces el fondo privado quien debe responder por todo.

Solicita que se ordene la restitución a Colpensiones de la totalidad de los recursos que le fueron descontados a la afiliada. Igualmente se exonere de las costas porque Colpensiones siempre actuó de buena fe, y nada tuvo que ver en el traslado.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas, igualmente por haber resultado desfavorables las pretensiones a COLPENSIONES, procede la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en su favor, 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 PROTECCION SA (antes Davivir, antes ING), efectuado por **MARIE EVE PIERRE BEVERLY CAROLINE DETOEUF** el día 6 de marzo de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PROTECCION S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP ING S.A. el 6 de marzo de 2000 (f-21 dda.)

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 PROTECCION SA** aportó: SIAFP, historia laboral OBP, movimiento de cuenta de ahorros, historia laboral, políticas para asesorar y vincular personas naturales a Protección, concepto SIF de diciembre 29 de 2015, comunicado de prensa de año gracia.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 6 de marzo 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 7 de octubre de 1997, la demandante tenía 87,71 semanas ( f.9 historia laboral Colpensiones, sin tener en cuenta otras semanas por presuntos errores en el nombre de la afiliada), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 10 de enero de 1959 f-18 demanda-expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM cuando reuniera la densidad de semanas suficiente y la edad (precisando que para septiembre 26 de 2019, fecha de expedición de la historia laboral por AFP PROTECCION S.A. f.164 cont. Protección, la demandante había cotizado más de 998 semanas, solo en el RAIS, a las cuales se deben sumar las cotizadas a Colpensiones que conforme lo acepta, presenta inconsistencias faltando sumar semanas). En cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

De otra parte, contrario a lo manifestado por los 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 ING 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 ING S.A., el 6 de marzo de 2000, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PROTECCION 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, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se aclarara el fallo en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES; pues es claro para esta Sala, que al declararse la ineficacia del traslado, como lo ha dicho la reiterada jurisprudencia de nuestro tribunal de cierre, las cosas vuelven a su estado anterior como si nunca hubiese estado afiliado al fondo privado, y en este sentido esos dineros deben ser entregados a Colpensiones, pues a pesar de no haber tenido como afiliado al actor durante ese lapso, debe responder el fondo privado, no solo por los aportes y sus rendimientos, sino por los gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y seguros previsionales por los riesgos de invalidez vejez y muerte. 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, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

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

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

#### **COSTAS:**

En cuanto a las costas de primera instancia impuestas a Colpensiones, las mismas serán revocadas puesto que como lo dijo la apelante, nada tuvo que ver Colpensiones en el negocio jurídico que llevo a la afiliada a trasladarse de régimen pensional del RPM al RAIS, que fue lo que motivo el presente proceso donde se demostró que los AFP ING, DAVIVIR hoy PROTECCION faltaron al deber de información frente a su afiliada.

Costas en esta instancia a cargo de AFP Protección SA y a favor de la demandante.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: ACLARAR** la sentencia proferida el 10 de mayo de 2022 por el Juzgado 3° Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PROTECCION SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO:** Se revocan las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones. COSTAS en esta instancia a cargo de AFP Protección SA y a favor de la demandante, inclúyanse 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.



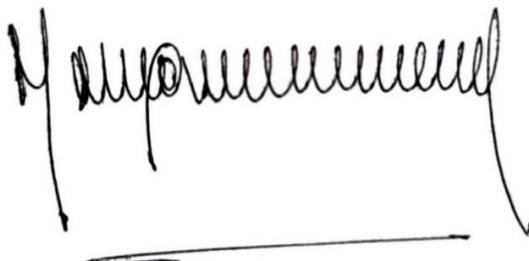
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



**Aclaro voto**

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**MILLER ESQUIVEL GAITAN**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Marie Eve Pierre Beverly Caroline Detoeuf  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**003-2018-00523-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**  
**Magistrada**

**Firmado Por:**

**Luz Patricia Quintero Calle**

**Magistrada**

**Sala Laboral**

**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **ee6eb1c7187ca06f9e1c5b1472963760c26d73e29b0eed51f32595ccbc6632ff**

Documento generado en 28/02/2023 02:04:15 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Ponente**

**Radicación No. 2023-00053-01**

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

**DEMANDANTE: ALVEIRO DE JESUS ESCOBAR RESTREPO**  
**DEMANDADO : NUEVA EPS SA**  
**ASUNTO : APELACIÓN (Demandada NUEVA EPS SA)**

En la fecha, se constituye la Sala de decisión laboral a fin de resolver de plano el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada MEDIMAS EPS SA, contra la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD el 21 de noviembre de 2022.

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir conforme a los siguientes:

**I. ANTECEDENTES**

El señor ALVEIRO DE JESUS ESCOBAR RESTREPO, en nombre propio presento ante la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, en desarrollo de su función jurisdiccional, solicitud de autorizar el suministro del medicamento PRASUGREL TABLETA RECUBIERTA 10 mg, vía oral, por parte de la **NUEVA EPS SA**.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: Que se encuentra afiliada a la NUEVA EPS SA como cotizante, Que presenta el diagnóstico de

ANGINA INESTABLE, HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA), razón por la cual, el 29 de agosto de 2022, el médico especialista en cardiología, le ordenó entre otros medicamentos, PRASEGREL TABLETA RECUBIERTA 10mg, vía oral, 1 al día cada 24 horas durante 180 días, sin que a la fecha COHAN, que es la IPS autorizada por la EPS accionada, para el suministro de los medicamentos haya procedido a la entrega de este medicamento requerido de manera prioritaria, dada la patología que presenta.

Que el 9 de junio de 2022, había presentado una demanda ante la NUEVA EPS para que le garantizara la entrega del medicamento: PRASEGREL TABLETA RECUBIERTA 10mg, vía oral, 1 al día cada 24 horas durante 180 días, medicamento ordenado por el médico tratante para la enfermedad ATEROSCLEROTICA DEL CORAZÓN, a lo cual COHAN, solo cumplió con una entrega.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Tramitada la instancia, mediante providencia del 19 de diciembre de 2022, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, resolvió **ACCEDIÓ** a las pretensiones formuladas por ALVEIRO DE JESUS ESCOBAR RESTREPO.

ORDENÓ que una vez notificado de la sentencia NUEVA EPS, proceda a:

- En un término no mayor a 48 horas, garantice la dosis faltante del medicamento denominado "Prasugel" tabletas recubiertas 20 MG, tableta 10 Miligramos vía oral x 180 días (ciento ochenta), ordenada por su médico tratante, Doctora Yudi Cortés González, especialista en cardiología, tal y como se evidencia de la orden, esto es, entrega efectiva de 96 unidades para completar la entrega total.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la determinación, el apoderado de la accionada **NUEVA EPS**, solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia, como quiera que, el accionante cuenta con autorización del medicamento "Prasugel" tabletas recubiertas 10 MG, Tableta 10 Miligramos vía oral x 180 días 180, cuya dispensación se encuentra programada en seis (6) entregas, desde octubre de 2022 a marzo de 2023, así:

1. Del 12 de octubre al 10 de noviembre de 2022.
2. Del 11 de noviembre al 10 de diciembre de 2022.
3. Del 11 de diciembre de 2022 al 9 de enero de 2023.
4. Del 10 de enero al 8 de febrero de 2023.
5. Del 9 de febrero al 10 de marzo de 2023.
6. Del 11 de marzo al 09 de marzo de 2023.

Señala que la dispensación del medicamento se direccionó al operador COHAN, el cual ha realizado las entregas completas de acuerdo con la programación citada previamente.

Ahora bien, es importante destacar que, la dispensación del medicamento se programa en seis (6) entregas, lo cual se debe a que es necesario garantizar adecuadas condiciones de almacenamiento del medicamento, las cuales deben conservar condiciones ambientales óptimas y con protección de la luz, al respecto, es preciso tener en cuenta que el mal almacenamiento puede alterar las condiciones del principio activo. Adicionalmente, por temas de seguridad del paciente y mitigar el riesgo de sobredosis.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, por configurarse el hecho superado.

## **II. COMPETENCIA**

El artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, concede funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para conocer y fallar en derecho, en primera y única instancia, con carácter definitivo con las facultades propias de un juez. Así mismo, establece el recurso de apelación ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate.

En consecuencia, corresponde a la Sala Laboral de esta corporación, el pronunciarse sobre la azada de acuerdo con las siguientes:

### **III. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:**

Observa la Sala, que el accionante, ALVEIRO DE JESUS ESCOBAR RESTREPO acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que se definiera en su favor la entrega completa del medicamento denominado “Prasugrel” tabletas recubiertas 10 Mg, Tableta 10 Miligramos vía oral x 190 días 180 (Ciento Ochenta), acorde a la prescripción realizada por el médico tratante.

A efectos de resolver los motivos de inconformidad planteados, corresponde a la Sala comenzar por indicar que no fue objeto de discusión entre las partes y se determina con el material probatorio allegado al proceso la condición de afiliado del señor ALVEIRO DE JESUS ESCOBAR RESTREPO, al Sistema General de Seguridad Social en Salud a NUEVA EPS.

Así mismo, que le fue diagnosticado con “ENFERMEDAD ATEROSCLEROTICA DEL CORAZON” por lo cual, el plan de manejo dispuesto correspondió al tratamiento farmacológico con “Prasugrel” tabletas recubiertas 10 Mg, Tableta 10 Miligramos vía oral x 190 días 180 (Ciento Ochenta), conforme la prescripción medica que obra en el expediente.

#### **CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO:**

La accionada NUEVA EPS solicita se revoque la decisión de primera instancia, y en su lugar se declare carencia actual de objeto por hecho superado, por cuanto la dispensación del medicamento prescrito al accionante se encuentra programado en seis (6) entregas, desde octubre de 2022 a marzo de 2023, así:

1. Del 12 de octubre al 10 de noviembre de 2022.
2. Del 11 de noviembre al 10 de diciembre de 2022.
3. Del 11 de diciembre de 2022 al 9 de enero de 2023.
4. Del 10 de enero al 8 de febrero de 2023.
5. Del 9 de febrero al 10 de marzo de 2023.
6. Del 11 de marzo al 09 de marzo de 2023.

Señala que la dispensación del medicamento se direccionó al operador COHAN, el cual ha realizado las entregas completas de acuerdo con la programación citada previamente.

Ahora bien, es importante destacar que, el medicamento denominado PRASEGREL TABLETA RECUBIERTA 10mg, es considerado como un medicamento de alto riesgo en pacientes crónicos, por lo tanto, según la Organización Mundial de la Salud, es un medicamento que debe estar conservado por debajo de los 30°C, en el envase original para protegerlo de la humedad, en razón a que el medicamento prasugrel contiene el principio activo prasugrel, el cual pertenece a un grupo de medicamentos denominados antiagregantes plaquetarios. Las plaquetas son unas células muy pequeñas que circulan por la sangre. Cuando se daña un vaso sanguíneo, por ejemplo se corta, las plaquetas se agregan para ayudar a formar un coágulo sanguíneo (trombo). En consecuencia, Prasugrel inhibe la agregación de las plaquetas, por lo que se reduce la posibilidad de formación de coágulos sanguíneos.

En ese orden de ideas, el medicamento que pretende el actor sea entregado de manera completa, no es posible que se realice en una sola entrega, como quiera que, efectivamente debe tener una conservación especial para garantizar su efectividad, máxime si se tiene en cuenta que la EPS accionada, tiene la obligación de suministrarlo mes a mes, con el fin de darle cumplimiento a la fórmula de manera general.

De lo anterior no se pretende eximir a la accionada de darle cabal cumplimiento al suministro del medicamento prescrito por el médico tratante del señor ALVEIRO DE JESUS ESCOBAR RESTREPO, sino que por el contrario, se pretende que, el medicamento se encuentre en condiciones adecuadas de almacenamiento, con el fin de conservar las condiciones ambientales óptimas, incluso con protección de la luz, pues debe precisarse que el mal almacenamiento de cualquier medicamento, no solo el prescrito al demandante, puede alterar las condiciones del principio activo. Adicionalmente, tal y como lo indicó la impugnante, por temas de seguridad del paciente y mitigar el riesgo de sobredosis.

Teniendo en cuenta lo anterior, y conforme lo alegado en la impugnación, se observa que la accionada, direccionó la dispensación del medicamento al operador COHAN, el cual ha venido realizando las entregas completas de acuerdo

con la programación indicada anteriormente, para lo cual adjunta soporte de dos entregas correspondiente a noviembre y diciembre de 2022, así:

**ENTREGA DE MEDICAMENTOS**

**INFORMACION PACIENTE**

DOCUMENTO: CC-1037322791  
FORMULA: 20221125  
NIVEL: 1  
FECHA: 2022-12-01  
DESCRIPCION camera 1a #7-16 fondo cóncreto  
SEDE/ENTREGA: CENTRO DE DIST. DOMICILIARA PROGRAMADA  
CIUDAD: JARDIN  
CODIGO IPS: 800107179

NOMBRES: ALVEIRO DE JESUS ESCOBAR RESTREPO  
ASEGURADORA: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD SA  
VALOR CUOTA: 0  
CODIGO INTERNO: 10253050  
TELEFONO: 3212592182  
CELULAR: 3113932433

FECHA FORMULA: 2022-08-29  
REGIMEN: CONTRIBUTIVO  
DESCRIPCION IPS: INSTITUTO DEL CORAZON

**INFORMACION MEDICO Y DIAGNOSTICO**

CODIGO MEDICO: 1111  
CODIGO CIE: I200  
NOMBRE MEDICO: ANGEL GONZALEZ RAFAEL

CONTRATO: NUEVA EPS - EVENTO  
COD ATC: 801AC22  
INGA: 1111111111  
NOMBRE GENERICO: PRAJUCIHEL 10 MG TABLETAS (EFFENT) (R6.0)  
CAN ENTR: 28  
CAN FALT: 0  
FORMULACION: DURANTE 30 DIAS

LOTE: Lote 370734 - FeCV, 2024-01-30 - Clasi\_28  
MOTIVO:  
REMISION: 7445861

**ENTREGADOR**  
NOMBRE: YIFFER RAMIREZ LONDOÑO  
DESCRITO POR: YRAMIRAYANT GOMEZ  
TIPO ENTREGA FALTANTE:  
IMPRESO POR: YRAMIREZ  
COD COHAN: 8415907

**RECIBE**

NOMBRE: ALVEIRO  
CC: 1027322791  
TELEFONO:  
FIRMA: Alveiro Escobar  
PARENTESCO:  
ALVEIRO DE JESUS ESCOBAR

**ATENCIÓN AL USUARIO**  
Comuníquese con nosotros para cualquier sugerencia, duda, requerimiento, felicitación o comentarios a los números:  
A nivel nacional 018000180168 En Medellín 604 22 72  
Escribenos al correo electrónico [atencionalusuario@cohan.org.co](mailto:atencionalusuario@cohan.org.co)

12/1/22 12:05



ENTREGA DE MEDICAMENTOS



INFORMACION PACIENTE

DOCUMENTO: CC-1037322791 NOMBRES: ALVEIRO DE JESUS ESCOBAR RESTREPO  
 FORMULA: 20221202 ASEGURADORA: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD SA  
 NIVEL: 1 FECHA: 2022-12-02 VALOR CUOTA: 0 CODIGO INTERNO: 10260337  
 DIRECCION: Carrera 1a 87-10 fondo obrero TELEFONO: 3212592182 CELULAR: 3143932456  
 SEDE ENTREGA: CENTRO DE DIST. DOMICILIARA PROGRAMADA  
 CIUDAD: JARDIN FECHA FORMULA: 2022-06-29 REGIMEN: CONTRIBUTIVO  
 CODIGO IPS: 800107179 DESCRIPCION IPS: INSTITUTO DEL CORAZON

INFORMACION MEDICO Y DIAGNOSTICO

CODIGO MEDICO 1111 NOMBRE MEDICO ANGEL GONZALEZ RAFAEL  
 CODIGO CIE 1200

CONTRATO NUEVA EPS - EVENTO

ODD ATC	NVA	NOMBRE GENERICO	CAN ENT	CAN FALT	FORMULACION
B01AC22	77777777	PRASUGREL 10 MG TABLETAS (EFFIENT) (REO)	25	0	DURANTE 30 DIAS

LOTE: Lote 372808 - PacV 2024-05-30 - Cart 200 MOTIVO: REMISION 24/1880

ENTREGO YENIFER RAMIREZ LONDOÑO TRASCRITO POR: YENIFER RAMIREZ LONDOÑO TIPO ENTREGA: NORMAL IMPRESO POR: YRAMIREZ COD COHAN: 0458013	<p><i>Mano Paula Zamora</i>  <i>1027 32456</i>          CC: 3212592182          TELFONO: Veri vel          TWISTEOS</p>	RECIBE  ALVEIRO DE JESUS ESCOBAR
---	---	--

ATENCIÓN AL USUARIO  
 Comuníquese con nosotros para cualquier sugerencia, duda, requerimiento, felicitación o comentarios a los números  
 A nivel nacional 018000180166 En Medellín 804 22 72  
 Escribenos al correo electrónico [atencionalusuario@cohan.org.co](mailto:atencionalusuario@cohan.org.co) 12/22 11:25 AM

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa la prestación eficiente y efectiva del servicio de salud, pues no puede entenderse que haya una interrupción en la entrega del medicamento prescrito por el médico tratante del actor, sino que por el contrario, el mismo se va suministro mensualmente, dadas las condiciones de almacenamiento dado, el carácter de peligroso del mismo, por lo que son de recibo los argumentos expuestos por la impugnante, tendiente a la entrega del medicamento de manera mensual, como ya lo acreditado, razón por la cual, es procedente acceder a la excepción de carencia actual de objeto por hecho superado.

Así pues, habrá de **REVOCARSE** el fallo apelado, por carencia actual de objeto por hecho superado, sin perjuicio de las demás entregas que tiene la obligación de suministrar la NUEVA EPS al actor ALVEIRO DE JESUS ESCOBAR RESTREPO mensualmente.

**COSTAS.** Sin costas en la alzada.

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

**RESUELVE**

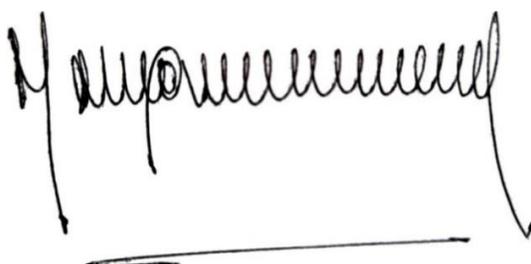
**PRIMERO: REVOCAR** la decisión proferida en primera instancia el 21 de noviembre de 2022 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, sin perjuicio de las demás entregas que tiene la obligación de suministrar la NUEVA EPS al actor ALVEIRO DE JESUS ESCOBAR RESTREPO mensualmente.

**SEGUNDO: NO CONDENAR** en costas en la alzada.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**  
Magistrado



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**  
Magistrada



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 5-2021-00132-01**

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

DEMANDANTE: **ISABEL FRANCO LONDOÑO**  
DEMANDADO: **COLPENSIONES**  
**AFP PROTECCION S.A,**  
ASUNTO: **APELACIÓN Y CONSULTA-COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y consulta en su favor, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

De conformidad con el poder de sustitución conferido por el Doctor MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITÁN, en calidad de apoderado de la parte demandada COLPENSIONES, se reconoce personería para actuar en el proceso de la referencia al Doctor HERNAN FELIPE JIMÉNEZ SALGADO, identificado con CC No. 79.899.841 de Bogotá, y T.P. 211.401 del C. S. de la J., como apoderado sustituto de la parte accionada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder que le fue conferido.

La demandante y Colpensiones, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de agosto 16 de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

**ISABEL FRANCO LONDOÑO** 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 nulidad de la afiliación y del traslado de **ISABEL FRANCO LONDOÑO** al RAIS, ante la omisión de AFP Protección SA del deber de información y asesoría. Declarar que Protección SA debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, semanas de cotización, dineros aportados durante el tiempo de afiliación al RAIS.

Se ordene el traslado y la afiliación a Colpensiones como administradora del RPM. Se condene a AFP PROTECCION SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de aportes, rendimientos, emanados de cotización, así como los demás dineros aportados por **ISABEL FRANCO LONDOÑO** durante todo el tiempo de afiliación al RAIS.

Se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas, y ultra y extrapetita.

## CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de mayo 26 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y AFP PROTECCION SA, en tiempo como consta en auto de mayo 9 de 2022; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 5 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 17 de mayo de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación efectuada por **ISABEL FRANCO LONDOÑO a AFP PROTECCION SA**; y como consecuencia Ordenar a AFP PROTECCION SA trasladar el valor de las cotizaciones efectuadas, junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibirlos procediendo a activar su afiliación y actualizar su historia laboral. Impuso costas a Protección SA;

y **CONCEDIÓ** apelación a Colpensiones y además, el grado jurisdiccional de consulta.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La demandada Colpensiones apelo la decisión, únicamente en lo que tiene que ver con la imposibilidad legal consagrada en la ley 797 de 2003 de trasladarse de régimen cuando le faltan 10 años o menos para llegar a la edad pensional, y dado que la demandante nunca ha estado afiliada a Colpensiones, solo solicito el traslado en el año 2020 cuando está inmersa en la prohibición legal. Solicita al tribunal 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 al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION SA, efectuado por **ISABEL FRANCO LONDOÑO** el día 28 de noviembre de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP COLFONDOS S.A., traslade la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM administrado por Colpensiones.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante solicitó afiliarse a la AFP PROTECCION S.A. el 28 de noviembre de 1995 (f-24 dda.)

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, historia laboral, y certificado de afiliación; **AFP PROTECCION SA** apporto: formulario de vinculación, SIAFP, historia laboral OBP, certificado bono pensional, movimiento cuenta de ahorro individual, historia laboral, re asesoría pensional marzo 4 de 2011, actualización de datos julio 7 de 2005, solicitud de vinculación a fondo de pensionales voluntarias mayo 11 de 2007, solicitud de novedades, política para asesorar y vincular personas naturales, concepto superintendencia financiera diciembre de 2015, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de noviembre de 1995, fecha de la afiliación o ingreso al régimen de seguridad social en pensión, 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 ingresar a ese régimen, y no al RPM.

Claramente para el momento de la afiliación al régimen de seguridad social en pensiones el 28 de noviembre de 1995, la demandante en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 22 de marzo de 1964 f-24 demanda-expediente digital), y al cotizar en el RPM, podría pensionarse en el año 2021 (precisando que para julio 6 de 2021, fecha de expedición de la historia laboral por AFP PROTECCION SA. F.54), la demandante había cotizado más de 1315.71 semanas, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

De otra parte, contrario a lo manifestado por los 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 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 PROTECCION S.A., el 28 de noviembre de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de afiliarse al RAIS; y la misma que AFP PROTECCION 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 el contrario, en la contestación de la demanda y en los alegatos manifiesta Protección SA que se le hicieron re asesorías adjuntando la efectuada en marzo 4 de 2011, la cual deja en evidencia el actuar desleal del fondo privado, pues allí le hacen la proyección pensional en los dos regímenes al llegar a los 57 años (folios 80 a 82 contestación Protección SA), asegurándole que con AFP PROTECCION

SA su mesada sería de \$1.556.037.00, y con COLPENSIONES sería de \$1.140.598.00, siendo evidente el engaño infligido a la afiliada, máxime cuando para esa fecha estaba a más de 10 años de llegar a la edad pensional, y podían de buena fe asesorarla para que se trasladara al régimen de prima media, que le era más favorable.

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 cuanto a la inconformidad de Colpensiones, 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, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se determinara, en cuanto a la orden de reintegro de los gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en favor de COLPENSIONES, pues no tiene razón el a quo al no ordenar al fondo privado devolver estas sumas.

Ahora, es claro, que al declararse la ineficacia del traslado, como lo ha dicho la reiterada jurisprudencia de nuestro tribunal de cierre, que las cosas vuelven a su estado anterior como si nunca hubiese estado afiliado al fondo privado, y en este sentido esos dineros deben ser entregados a Colpensiones, pues a pesar de no haber tenido como afiliado al actor durante ese lapso, debe responder por los riesgos de invalidez vejez y muerte al declararse la ineficacia del traslado. 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 de la afiliación, 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 ADICIONARA la decisión, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, AFP PROTECCION SA los devolverá a COLPENSIONES debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la

afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmara la declaración de no probada conforme lo decidió el a quo.

**COSTAS:**

No hay lugar a la imposición de 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 17 de mayo de 2022 por el Juzgado 5 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se entregaran a COLPENSIONES 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 entregara AFP PROTECCION SA 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.



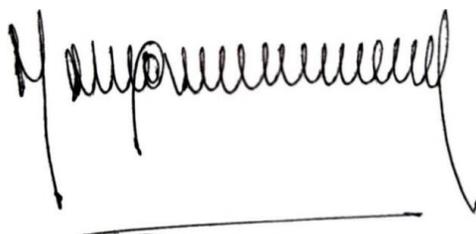
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



**Salvo voto**

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**MILLER ESQUIVEL GAITAN**

## SALVAMENTO DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – **Ineficacia de afiliación**  
Demandante: Isabel Franco Londoño  
Demandada: Colpensiones y otra.  
Radicación: 11001-31-05-**005-2021-00132-01**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que me aparto de la adoptada, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta en el asunto de la referencia, por las razones que paso a explicar.

Como lo he expuesto en relación con los asuntos de ineficacia de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, pese a acatar en la actualidad el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la alta corporación, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, otrora había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría, concentrando el análisis jurídico procesal 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, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de los accionantes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, en este asunto en particular, considero que no hay lugar a adoptar la misma línea de decisión, conforme a ese precedente jurisprudencial consolidado, pues tal como se advirtió en la sentencia de la que hoy me aparto, no había lugar a declarar aquí la ineficacia del traslado de régimen pensional, toda vez que la demandante nunca estuvo afiliada en el régimen de prima media, y su vinculación inicial al sistema pensional se dio con su afiliación a una administradora de fondos de pensiones del

régimen de ahorro individual, por lo que considero que no son aplicables los mismos criterios de decisión y cargas probatorias previstas jurisprudencialmente respecto de quienes pretenden la ineficacia de su traslado de régimen, y aunque coincido en que las entidades administradoras en ambos regímenes del Sistema Pensional, tienen el deber de información para con sus afiliados, en ningún caso considero que ello conlleve la ineficacia de la afiliación, como consecuencia legal, y tratándose de un efecto establecido jurisprudencialmente, debería enmarcarse en los supuestos fácticos para los cuales se ha previsto, esto es, para el caso de traslado de régimen.

Aunado a lo anterior, atendiendo a que la consecuencia jurídica de la declaratoria de ineficacia de traslado, de conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es que se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, y la administradora de fondos de pensiones respectiva debe devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, rendimientos financieros, bonos pensionales, entre otros, porque se entiende que nunca hubo traslado y que el afiliado siempre permaneció en el régimen en el que se encontraba, el de prima media, que hoy administra justamente Colpensiones, sin solución de continuidad para todos los efectos legales; empero, en este caso no podría derivarse la misma consecuencia, pues no podía pretender la demandante retornar sin solución de continuidad a un régimen al que nunca perteneció

Al respecto, se ha pronunciado la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL3587-2021, en la que precisó:

Conviene memorar que como la consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, es volver la situación al estado en que se hallaría de no haber existido el acto de traslado (*statu quo ante*), la demandante no puede pretender retornar a un régimen al cual nunca perteneció, pues únicamente ha estado afiliada al RAIS desde el 1 de octubre de 1995, que no al RPM, por lo que no está llamado a operar el mecanismo reclamado por simple sustracción de materia (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

Importa precisar que si lo que pretendido es retornar al régimen de prima media con prestación definida por resultarle más favorable, debió aprovechar la oportunidad que brindó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, según el cual, una vez elegido el régimen pensional, para que fuera procedente el traslado, debía transcurrir un tiempo de permanencia mínimo de 3 años, que fue incrementado por la Ley 797 de 2003 a 5 años.

Como lo anterior no ocurrió, la accionante consolidó el derecho a la prestación por vejez bajo los parámetros del régimen de ahorro individual con solidaridad, único al que ha estado vinculada, sin que exista la posibilidad de variar dicha condición, pues no hizo uso de la posibilidad legal que tenía a su alcance para moverse dentro del sistema, a fin de lograr el objetivo propuesto

Y en la sentencia CSJ SL4211-2021, señaló:

La Sala no desconoce que tales considerados se han dado en el marco de la ineficacia del traslado de régimen pensional; acto jurídico que no corresponde al del *examine*, en el que se dio la afiliación inicial al sistema general de pensiones, a través del RAIS administrado por Protección S. A.

Ha de recordarse que en el sistema integral de seguridad social se surten dos actos jurídicos que, pese a su conexidad, pues el surgimiento de uno se da ante la materialización del otro, son diferentes entre sí. En efecto, ellos son:

i) La afiliación, que es aquél por el cual una persona ingresa al sistema general de pensiones y, por ello, se da una única vez en la vida y tiene carácter permanente, como lo reza el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que dispone: «*[l]a afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones*».

ii) El traslado o movilidad de regímenes pensionales o administradoras, se encuentra regulado en el inciso e) del canon 13 de la Ley 100 aludida, modificado por el 2.º de la Ley 797 de 2003, como la posibilidad de mutar de régimen o entidad encargada de gestionar las cotizaciones realizadas para los riesgos de IVM. Inicialmente, la norma aludida previó un término de 3 años para moverse a otro régimen, que con su reforma se amplió a un lapso de 5 e introdujo la prohibición de realizarlo cuando al afiliado le faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, aspecto último que fue objeto de estudio de constitucionalidad en providencia CC C1024-2004.

Tal diferenciación se observa, verbigracia, en el inciso b) del precepto 13 de la Ley 100 de 1993, así como el 6.º del Decreto 228 de 1995, compilado en el 2.2.2.1.8 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que en similar sentido aluden a la obligación de manifestar por escrito la selección de régimen cuando se trata de la vinculación inicial al SGP o de traslado de régimen.

Precisado lo anterior, para la Sala las puntualidades construidas sobre el deber de información de las administradoras, así como su fortalecimiento e incremento de exigencia con el transcurrir del tiempo en materia de ineficacia del traslado de régimen, pueden extenderse al caso de estudio, ya que aquellas obligaciones de las administradoras se predicen frente al actor jurídico, sea de afiliación inicial o de traslado, en el que prevalece el derecho del usuario de tomar una decisión libre y voluntaria, para lo que es necesario que sea informada.

[...]

Así las cosas, pese a que las AFP tienen la obligación de brindar la información necesaria, completa y transparente a sus usuarios para que seleccionen el régimen que consideran pertinente, cuando se trata de afiliación inicial al SGP, no resulta razonable declarar la ineficacia y disponer que las cosas retornen a su estado natural, como si el acto jurídico no se hubiese efectuado, pues esto implicaría -de acuerdo con las nociones previas del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los efectos de la ineficacia del acto jurisprudencialmente reseñados- que el afiliado pierda dicha calidad, no cuente con ninguna vinculación al sistema y pueda afiliarse nuevamente, sin la posibilidad de que las cotizaciones efectuadas previo a dicha declaratoria se remitan al otro régimen, por la potísima razón de que se quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al imponer a un régimen la obligación de responder por una prestación que *nunca* se construyó bajo su imperio y, en el caso del RPM, no contribuyó en ningún momento al fondo común, con lo

que podría llegar a afectar el derecho pensional de los actuales y futuros pensionados.

[...]

Es importante circunscribir, que en los supuestos fácticos que se analizan, no es procedente acudir a la ficción jurídica construida en materia de ineficacia del traslado, dado que, bajo tal escenario, el afiliado previamente cimentaba su futuro pensional en el otro régimen, lo que permite entender y crear el escenario que aquél siempre estuvo vinculado al anterior y, por tanto, las cotizaciones y montos determinados podrían remitirse a éste.

No obstante, estos aspectos no se dan en la afiliación inicial e impiden ordenar, como lo requiere el recurrente, la remisión al otro régimen de los aportes realizados o semanas, pues, se reitera, al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que el actor nunca hizo parte del sistema y bajo los efectos de la declaratoria de la ineficacia expuestos en el proveído CSJ SL3202-2021, *«cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia»*, razón por la cual la AFP debería reintegrar las cotizaciones al afiliado y al empleador, según corresponda al vínculo bajo el cual se efectuaron los aportes, porque, se reitera, no ha existido vinculación anterior al otro régimen que permita acudir a la ficción jurídica de que siempre permaneció en éste.

Y aunque en materia del traslado de régimen se ha dicho de manera reiterada que no es necesario tener un derecho consolidado, estar próximo a pensionarse o ser acreedor de una expectativa legítima para que se declare su ineficacia, lo cierto es que en tales eventos se protege al afiliado que edificaba su derecho pensional bajo un régimen, pero por el incumplimiento al deber de información que tienen las administradoras, optó por el cambio desinformado, perjudicando la posibilidad que se encontraba construyendo; lo cual no sucede en la afiliación inicial al sistema.

Así las cosas, pese a que se podría declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial ante la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos de tal decisión perjudicarían al afiliado, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del sistema.

Conforme a los argumentos expuestos en este salvamento, en consonancia con las consideraciones de las sentencias citadas, que aun cuando no constituyen precedente jurisprudencial se comparten por la suscrita, en cuanto a que, en casos como este no hay lugar a declarar la ineficacia del acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, menos aún el retorno a un régimen al que la demandante nunca perteneció, con las consecuenciales órdenes dadas, y es por ello que me aparto de la decisión, porque considero que debió revocarse la sentencia de primera instancia, para absolver de la totalidad de pretensiones incoadas en la demanda.

Hasta acá, el planteamiento de mi salvamento 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: **55747e4b2ade7aa20102282c07da7786cad63d22e07c4cded5befe983013abaa**

Documento generado en 28/02/2023 02:04:21 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 16-2020-00023-01**

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

**DEMANDANTE: CARMEN ELISA MARTINEZ FORERO**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP COLFONDOS S.A,**  
**ASUNTO: CONSULTA-COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderado sustituto de Colpensiones a la abogad ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES CC 37627008 y TP 221228 del CSJ, según sustitución otorgada por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA CC1037639320 y TP 288820 del CSJ, quien actúa como representante legal suplente de la firma ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS SAS a quien Colpensiones otorgo poder general que anexan.

Colpensiones, a través de su procuradora judicial, presentar alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de agosto 16 de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

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

Que se declare la nulidad absoluta del traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS a través de AFP Colfondos SA. Que declare la nulidad absoluta de todos los traslados que hubiere efectuado dentro del RAIS. Que se declare que la demandante siempre estuvo afiliada al RPM.

Que se condene a COLPENSIONES a recibir y administrar los derechos pensionales de la demandante, incluyendo los recursos que en virtud de las órdenes impartidas le sean trasladados por AFP COLFONDOS SA.

Que se condene a COLFONDOS SA, a trasladar a Colpensiones en monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta individual junto con los rendimientos.

Se condene ultra y extrapetita, en costas y agencias en derecho.

## CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de marzo 18 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS SA, en tiempo, como consta en auto de febrero 11 de 2022; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 16 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 18 de mayo de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del traslado al RAIS efectuada por **CARMEN ELISA MARTINEZ FORERO** al AFP COLFONDOS SA; y como consecuencia **CONDENAR** a AFP COLFONDOS SA trasladar los recursos de la cuenta de ahorros de la señora demandante a COLPENSIONES para el RPM con prestación definida, incluyendo todos los recursos que constituyen capital, intereses, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general todo valor que se haya recibido en el RAIS con motivo de las cotizaciones efectuadas. **CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir los recursos, conforme a la condena, y a

reactivar la afiliación de la demandante en el RPM, el cual se declara como el único en el cual de forma válida se ha encontrado afiliada la demandante. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. CONDENAR en costas a las demandadas; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

### **CONSULTA:**

Por haber resultado desfavorables las pretensiones a COLPENSIONES, procede la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en su favor, 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 SA, efectuado por **CARMEN ELISA MARTINEZ FORERO** el día 7 de octubre de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP COLFONDOS S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A. el 7 de octubre de 1997 (f-33 dda.)

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada

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

**2-Línea jurisprudencial** que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo

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

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

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

encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo, e historia laboral; **AFP COLFONDOS SA** aporoto: comunicado del tiempo de enero 9 de 2004.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 7 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 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 7 de octubre de 1997, la demandante tenía 451 semanas ( f.17 dda.), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 2 de abril de 1963 f-3 demanda-expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2020 (precisando que para abril 30 de 2018, fecha de expedición de la historia laboral por AFP COLFONFIDOS SA S.A. f.17), la demandante había cotizado más de 1501 semanas, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

De otra parte, contrario a lo manifestado por los 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 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 COLFONDOS S.A., el 7 de octubre de 1997, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP COLFONDOS S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se 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, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se adicionara el fallo en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES; pues es claro para esta Sala, que al declararse la ineficacia del traslado, como lo ha dicho la reiterada jurisprudencia de nuestro tribunal de cierre, las cosas vuelven a su estado anterior como si nunca hubiese estado afiliado al fondo privado, y en este sentido esos dineros deben ser entregados a Colpensiones, pues a pesar de no haber tenido como afiliado al actor durante ese lapso, debe responder el fondo privado, no solo por los aportes y sus rendimientos, sino por los gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y seguros previsionales por los riesgos de invalidez vejez y muerte. 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, 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 decisión, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, AFP COLFONDOS SA los devolverá a COLPENSIONES debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

#### **COSTAS:**

No hay lugar a la imposición de 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 18 de mayo de 2022 por el Juzgado 16 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión

mínima, los devolverá AFP COLFONDOS SA 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: Carmen Ellisa Martínez Forero  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**016-2020-00023-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**  
**Magistrada**

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

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

Código de verificación: **17d7ad61eefeb4efd4ae90de28bbe3876ed38705d19403877c663246d71aa318**

Documento generado en 28/02/2023 02:04:15 PM

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Ponente**

**Radicación Proceso especial de fuero sindical 22-2017-00655-01**

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

DEMANDANTE: **UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA**  
DEMANDADO: **MARTHA ISABEL GONZALEZ GARCIA**  
ASUNTO : **FUERO SINDICAL PERMISO PARA DESPEDIR -  
LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL**

En la fecha, se constituye la Sala de decisión laboral a fin de proferir de plano sentencia de segunda instancia, en el proceso de la referencia, que conoció el Juzgado 22° Laboral del Circuito de Bogotá con providencia del 12 de diciembre de 2022.

No observándose irregularidad que invalide lo actuado conforme a los siguientes:

**I. ANTECEDENTES**

La **UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA**, obrando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda contra la señora **MARTHA ISABEL GONZALEZ GARCÍA**, para que previos los tramites de un proceso de fuero sindical:

1. Se levante el fuero sindical que ampara a la señora **MARTHA ISABEL GONZÁLEZ GARCÍA**, por existir justa causa para ello, y como consecuencia, autorice a la demandante **UNIVERSIDAD LIBRE** para terminar la relación laboral con la citada aforada.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: que la señora MARTHA ISABEL GONZÁLEZ GARCÍA se encuentra vinculada a la UNIVERSIDAD LIBRE, mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 22 de abril de 1987, en el cargo de Auxiliar I.

Que la UNIVERSIDAD LIBRE suscribió con la Organización Sindical denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES de las instituciones de Educación SINTIES, convención colectiva de trabajo, la cual fue debidamente depositada ante el Ministerio de Trabajo, por una vigencia de 2 años contados desde el 1 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018.

Que la mentada convención establece en su cláusula Séptima el procedimiento para despedir. Que la señora MARTHA ISABEL GONZÁLEZ GARCÍA pertenece a la Junta Directiva de SINTIES, según la constancia de depósito de cambio de Junta Directiva, Subdirectiva o Comité Seccional de una Organización Sindical del 16 de diciembre de 2014.

Que el 12 de septiembre de 2016 la demandante radicó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento de pensión de vejez a favor de la señora MARTHA ISABEL GONZÁLEZ GARCÍA, conforme lo dispone el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, parágrafo 3.

Que mediante Resolución No 15560 del 16 de enero de 2017, le reconoció pensión de vejez a la aforada. Que para la fecha de presentación de la demanda, la señora MARTHA ISABEL GONZÁLEZ GARCÍA se encuentra incluida en nómina de pensionados de Colpensiones.

Que pese a requerir a la demandada MARTHA ISABEL GONZÁLEZ GARCÍA a que se acercara a COLPENSIONES para que se notificara personalmente del acto administrativo, lo cierto es que la accionada ha hecho caso omiso al requerimiento.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Como quiera que la señora MARTHA ISABEL GONZÁLEZ GARCÍA no se hizo presente en la audiencia especial llevada a cabo el 12 de diciembre de 2022, se dio por NO contestada la demanda.

## DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, la **JUEZ VEINTIDÓS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia 12 de diciembre de 2022, AUTORIZÓ el levantamiento del fuero sindical que cobija a la señora MARTHA ISABEL GONZALEZ GARCÍA, como secretaria de solidaridad de la Organización Sindical “SINTIES”, en consecuencia, se concedió el permiso para terminar con su contrato de trabajo. No condenó en costas en esa instancia.

Como fundamento de su decisión, señaló que la demandada se encontró incurso en la causal establecida en el numeral 14 del artículo 62 del código sustantivo de trabajo en concordancia con el parágrafo 3 del artículo 9 de la ley 797 de 2003, esto es, haberle reconocido la trabajadora la pensión de vejez estando al servicio de la empresa situación esta que se encuentra completamente acreditada dentro del plenario con la resolución GNR 15560 preferida por Colpensiones el día 16 de enero de 2017 a través de la cual se le otorga la prestación. Señala igualmente que, de conformidad con el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se debe notificar el reconocimiento de la pensión de vejez, así como acreditar el ingreso en nómina de pensionados, requisito acreditado conforme respuesta otorgado por parte de Colpensiones al requerimiento efectuado por la Universidad demandante visible a folios 82 y 83 del documento digital, con el que se comprobó que, la demandada se encuentra en nómina de pensionados desde febrero de 2017.

Así las cosas, concluye que la causal invocada por la universidad demandante corresponde a una causal objetiva y razonable, que permite al trabajador gozar del fruto de sus ahorros a través de la pensión, razón por la cual procedió a autorizar el levantamiento del fuero sindical para autorizar la terminación de la relación laboral.

## GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Se procede a conocer el *grado jurisdiccional de Consulta* dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, que pasa a resolver la Sala con fundamento en las siguientes

### II. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

A efectos de resolver, cabe señalar que el artículo 405 del C. S. del T. define el fuero sindical, como *“la garantía que tienen algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo”*.

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia T 220 del 12 de marzo de 2012, reiteró:

***“5. El proceso de levantamiento del fuero sindical y la acción especial de reintegro por fuero sindical***

*5.1. Tal y como se señaló anteriormente, el fuero sindical es un derecho que cobija a las directivas sindicales para evitar despidos injustificados, o modificaciones arbitrarias de las condiciones laborales, de modo que se garantice la gestión de los intereses de los asociados.*

*5.2. Por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa y previa autorización judicial al empleado aforado. Será necesario un proceso de levantamiento del fuero sindical iniciado por el patrono para que el juez permita despedir o desmejorar las condiciones del empleado aforado, en los términos de los artículos 113 a 117 del Código Procesal del Trabajo. En dichas disposiciones, se señala que se presume la existencia del fuero sindical con la sola certificación de la inscripción en el registro sindical o con la comunicación del empleador de la inscripción, por consiguiente, en esos casos, éste deberá interponer una demanda para obtener el permiso del juez, invocando una justa causa. En este sentido, la sentencia T-029 de 2004, reiterando jurisprudencia en la materia, precisó lo siguiente,*

*“A propósito de las acciones en comento, conviene anotar que la demanda del empleador, tendiente a levantar el fuero sindical, deberá presentarse “inmediatamente al conocimiento de la ocurrencia de una causa justa para la autorización de despido, traslado o desmejora del trabajador”<sup>1</sup>, habida cuenta que “el fundamento mismo para el ejercicio del mencionado levantamiento, es necesariamente la existencia y conocimiento por parte del empleador de una justa causa que justifique las pretensiones de levantar el fuero al trabajador. Si esa justa causa no se extiende en el tiempo y se esgrime en momentos diversos a los que dieron origen a la eventual*

<sup>1</sup> Sentencia C-381 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta oportunidad fueron declarados exequibles algunos apartes de los artículos 113, 114 y 118 del Código Procesal del Trabajo, en los términos de la misma decisión. Esta Corte resolvió: *“Primero.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones del artículo 114 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el Decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, las cuales señalan que se “ordenará correr traslado de ella al trabajador o trabajadores indicados en la solicitud y citará a las partes para una audiencia” y “se intentará en primer término la conciliación. Fracasada ésta, en el mismo acto”, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, debe ser notificado y será parte en el juicio. Segundo: Declarar EXEQUIBLES los incisos primero y tercero del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fueron modificados por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, podrá también interponer la acción de reintegro prevista por primer inciso y de restitución prevista por el tercer inciso. Tercero: Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961.*

*Cuarto: Declarar EXEQUIBLE el artículo 113 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 13 inciso 2º, 25 y 39 de la Constitución y del Convenio 98 de la O.I.T., para hacer uso del procedimiento especial de levantamiento del fuero sindical, el empleador deberá presentar la solicitud inmediatamente ocurra la justa causa requerida para solicitar la autorización de despido, traslado o desmejoramiento del trabajador aforado, según se indicó en la parte motiva de este fallo”*.

*posibilidad de levantamiento del fuero, lo que en realidad ocurre es que el fundamento mismo o la causal que autorizaba legítimamente el levantamiento, desaparece y en consecuencia se controvierte la razón misma de su consagración”<sup>2</sup>.*

*Acorde con lo anterior, la jurisprudencia ha precisado que el objetivo del proceso de levantamiento del fuero es (1) verificar la ocurrencia de la causa que alega el empleador, y (2) el análisis de su legalidad o ilegalidad<sup>3</sup>. Es importante anotar que según el artículo 410 del C.S.T., son justas causas para el despido, 1) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y 2) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato.*

*5.3. En este contexto, se entiende que el respeto al derecho de asociación sindical incluye la garantía del debido proceso cuando son despedidos trabajadores cobijados por el fuero sindical. Si el trabajador ha sido despedido o desmejorado sin autorización judicial previa, cuenta con dos meses, contados a partir de la actuación del empleador, para interponer una acción especial de reintegro por fuero sindical tal y como lo consigna el artículo 118A del Código de Procedimiento del Trabajo. En relación con la obtención del permiso cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral, conoce la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y seguridad social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 712 de 2001<sup>4</sup>, razón por la cual es a la jurisdicción ordinaria laboral a quien compete conocer de los conflictos de reintegro por fuero sindical de los trabajadores y empleados públicos, a través de los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Laboral<sup>5</sup>.*

*En la acción de reintegro, el juez debe analizar (1) si el demandante estaba obligado a solicitar el permiso judicial y, en caso afirmativo (2) verificar si cumplió dicho requisito. De ninguna manera el juez podrá en este tipo de procesos pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho, ya que en virtud del derecho al debido proceso nadie puede ser juzgado sino por el juez competente, con las formas propias de cada juicio.*

*Si surtido el proceso se comprueba, que el trabajador fue despedido desconociendo las disposiciones en esta materia, se ordenará su reintegro y se condenará a título de indemnización, los salarios dejados de percibir<sup>6</sup>.»*

De lo anterior se advierte, que por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa o modificar las condiciones laborales de un trabajador aforado desmejorándolo o trasladándolo sin previa autorización judicial, requiriendo por ende acudir a un proceso de levantamiento de fuero sindical cuyo objeto recae en: 1. En

<sup>2</sup> *Ídem.*

<sup>3</sup> T-029 de 2004, T-731 de 2001

<sup>4</sup> T-253 de 2005

<sup>5</sup> C-1232 de 2005

<sup>6</sup> C-1232 de 2005, T-1189 de 2001. Al respecto, la sentencia T-029 de 2004 establece lo siguiente: “En principio, quebrantan el ordenamiento constitucional los jueces laborales que no ordenan el reintegro y la indemnización consecuente de quien, estando protegido por fuero sindical fue despedido sin permiso judicial”.

Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA.

verificar la ocurrencia de la justa causa alegada por el empleador, y 2. En analizar su legalidad e ilegalidad.

En el caso de despido, desmejora o traslado de un trabajador cobijado por el fuero sindical sin autorización judicial previa, se podrá acudir a la acción de reintegro o reinstalación que tiene como finalidad el analizar: 1. Si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial y en caso tal, 2. Verificar si cumplió con dicho requisito, sin que el juez pueda entrar pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho. En caso de encontrarse acreditado que el trabajador fue despedido, desmejorado o trasladado sin la autorización requerida, proceder ordenar su reintegro o reinstalación al cargo y condenar a título de indemnización los salarios dejados de percibir.

El **problema jurídico** se centra en determinar: **1)** Sí la trabajadora demandada MARTHA ISABEL GONZALEZ GARCIA, está amparada por la garantía de fuero sindical, respecto del sindicato “SINTIES”, **2)** Sí la parte demandante logró acreditar la configuración de la justa causa prevista en el artículo 62 del CST, subrogado por el Decreto 2351 de 1965, artículo 7, literal a), numeral 14, en concordancia con el artículo 33 de Leo 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para dar por terminado su contrato de trabajo.

### **1. DEL VÍNCULO LABORAL:**

No fue materia de controversia la existencia del vínculo laboral que ata a las partes mediante la suscripción de un contrato de trabajo a término indefinido con la UNIVERSIDAD LIBRE desde el 22 de abril de 1987, en el cargo de Auxiliar I, conforme la documental visible a folios 16 y 17 del expediente digital.

### **2. DEL FUERO SINDICAL**

Tampoco se discute la calidad de aforada que ostenta la trabajadora encartada, al tener por acreditado que la demandada se vinculó a la organización sindical “SINTIRS”, y pertenece a la Junta Directiva de SINTIES, según la constancia de depósito de cambio de Junta Directiva, Subdirectiva o Comité Seccional de una Organización Sindical del 16 de diciembre de 2014.

### 3. DEL PERMISO PARA DESPEDIR:

Establecida la existencia del contrato de trabajo, así como del fuero sindical, debe precisarse que siempre que un empleador deba ejercer alguna de las prerrogativas (despido, desmejora, o traslado) frente a un trabajador aforado, debe acudir al procedimiento especial que regula la Ley en el artículo 113 del CPL, dentro del cual puede obtener la calificación judicial de existencia de una causa legal de despido o desmejora en las condiciones de trabajo, o de las razones legales que habiliten un traslado.

Con ello el ordenamiento jurídico protege el derecho de asociación sindical dando estabilidad *relativa* a los trabajadores aforados, y al mismo tiempo permite al empleador la movilidad de su recurso humano cuando existan causas legales o razones que la autoricen.

En este orden de ideas, las controversias sobre la existencia o no de razones para efectuar un traslado o causas justas para proceder con un despido o una desmejora salarial, no son objeto del proceso incoado por el trabajador en ejercicio de la acción de reintegro o reinstalación que le otorga el artículo 118 del CPL.

Tales controversias se deben desatar judicialmente antes de efectuar el despido, el traslado o la desmejora, mediante la acción que otorga al empleador el artículo 113 del CPL, independientemente de que puedan existir razones legales que autorizan el traslado, **el despido o la desmejora en las condiciones de un trabajador aforado, ellas se deben calificar previamente por el juez del trabajo; solo así se protege eficazmente el derecho de asociación sindical dentro de nuestro ordenamiento jurídico.**

La UNIVERSIDAD demandante, pretende el levantamiento del fuero sindical de la accionada invocando la ocurrencia de una justa causa para despedir, consistente en el reconocimiento de la pensión de vejez y su inclusión en nómina de pensionados, configurándose una justa causa prevista en el artículo 62 del CST, subrogado por el Decreto 2351 de 1965, artículo 7, literal a), numeral 14, en concordancia con el artículo 33 de Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, se observa Resolución GNR 15560 del 16 de enero de 2017, mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez a favor de la señora MARTHA ISABEL GONZALEZ GARCÍA, a partir del 1 de febrero de 2017, con una mesada inicial de \$1.514.900.

Así las cosas, para la procedencia consagrada en el parágrafo 3 del artículo 33 de la Leu 100 de 1993, se requiere no solo la notificación del acto administrativo de reconocimiento de la pensión de vejez, sino el ingreso a nómina de pensionados, hechos que se encuentran plenamente acreditados, conforme documental visible a folio 85 del plenario, se observa que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones informó que una vez revisadas las bases de datos de la entidad, la demandada ya se encuentra ingresada en nómina de pensionados desde febrero de 2017.

Bastan las anteriores consideraciones, para tener por demostrado la configuración de la causal objetiva invocada por parte de la UNIVERSIDAD LIBRE, sin que pueda entenderse que se esta vulnerando el derecho de asociación sindical, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** la sentencia consultada, en el sentido de **LEVANTAR EL FUERO SINDICAL** del que goza la señora MARTHA ISABEL GONZALEZ GARCÍA, y en consecuencia, **CONCEDER** el permiso para despedir solicitado por la UNIVERSIDAD LIBRE.

#### **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 VEINTIDÓS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ del 12 de diciembre de 2022,

según las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

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

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(RAD 11001310502220170065501)



**MILLER ESQUIVEL GAITÁN**

(RAD 11001310502220170065501)



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

(RAD 11001310502220170065501)