



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 30-2019-00430-01

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

DEMANDANTE: JUAN PABLO ROCHA MARTINEZ
**DEMANDADO: COOPERATIVA MULTIACTIVA DEL SECTOR MINERO –
ENERGÉTICO Y DE ACTIVIDADES CONEXAS Y
COMPLEMENTARIAS COOPMINERALES
ACTIVACREDITO SAS (llamada en garantía)**
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN (DEMANDANTE)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá el día 06 de mayo de 2021 en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 15 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor JUAN PABLO ROCHA MARTINEZ, instauró demanda ordinaria laboral contra de COOPERATIVA MULTIACTIVA DEL SECTOR MINERO – ENERGÉTICO Y DE ACTIVIDADES CONEXAS Y COMPLEMENTARIAS COOPMINERALES, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- 1. Condenar a la COOPERATIVA MULTIACTIVA DEL SECTOR MINERO –
ENERGÉTICO Y DE ACTIVIDADES CONEXAS Y COMPLEMENTARIAS**

COOPMINERALES, a pagar al suscrito la suma de \$624.900 por concepto de gastos dentro de los procesos encomendados a la parte actora y discriminados en el hecho 41 de la demanda.

2. Condenar a la COOPERATIVA MULTIACIVA DEL SECTOR MINERO – ENERGÉTICO Y DE ACTIVIDADES CONEXAS Y COMPLEMENTARIAS COOPMINERALES a pagar al suscrito la suma de \$36.683.895,80 por concepto de honorarios dentro de los procesos encomendados al demandante y discriminados en el hecho 42 de la demanda.
3. Condenar en costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada COOPERATIVA MULTIACIVA DEL SECTOR MINERO – ENERGÉTICO Y DE ACTIVIDADES CONEXAS Y COMPLEMENTARIAS COOPMINERALES, así como ACTIVACREDITO SAS contestaron la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia mediante auto que data del 22 de octubre de 2020.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 30° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 06 de mayo de 2021, **ABSOLVIÓ** a la demandada COOPERATIVA MULTIACIVA DEL SECTOR MINERO – ENERGÉTICO Y DE ACTIVIDADES CONEXAS Y COMPLEMENTARIAS COOPMINERALES y a la llamada en garantía ACTIVACREDITO SAS, de las pretensiones incoadas en su contra por el Dr JUAN PABLO ROCHA MARTINEZ.

CONDENÓ en cosas al demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a favor de COOPERATIVA MULTIACIVA DEL SECTOR MINERO – ENERGÉTICO Y DE ACTIVIDADES CONEXAS Y COMPLEMENTARIAS COOPMINERALES. Sin costas ni a favor ni en contra de ACTIVACREDITO SAS.

COMPULSO COPIAS del expediente a la COMISIÓN DISCIPLINARIA JUDICIAL DE BOGOTÁ para que adelante la investigación disciplinaria correspondiente por las presuntas faltas a la ética profesional en que pudieron incurrir los doctores JUAN PABLO ROCHA MARTINEZ y HECTOR A. ROCHA M., como director de cobro y control judicial en el año 2019 de ACTIVACREDITO SAS.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

- 1. PAGO HONORARIOS PROFESIONALES:** Señala que a su consideración, el Juzgado de instancia no realizó una debida valoración de la prueba, pues desafortunadamente coinciden los apellidos, y tal como dijo en el interrogatorio de parte, el señor HECTOR ROCHA MARTINEZ es su hermano, pero si se indaga en el MINISTERIO DE TRABAJO, jamás ha trabajado para esa empresa, no hay ningún aporte a Seguridad Social que lo compruebe, indica que viene del sector estatal, y que actualmente es pensionado del sector estatal.

Por otro lado, indica que, en el año 2008 cuando manifestó que había firmado ese contrato, no era abogado, pues señala que es abogado desde el 25 de enero de 2011. Es por eso que, cuando el apoderado de la COOPERATIVA dice que hubo un interregno entre el 2008 y 2016, efectivamente prestó servicios jurídicos, conforme lo corroboró la Dra. Lina, quien dijo que ACTIVACREDITO únicamente prestaba servicios pre jurídicos.

Ahora, si bien todas las cartas suscritas por la señora Sandra que dirigía al “DOCTOR JUAN PABLO ROCHA”, con la cual se puede acreditar una orden expresa para adelantar procesos, y que le entregó a la señora Sandra personalmente unos títulos valores, le hizo la reclamación y todas las renunciaciones fueron motivadas, teniendo en cuenta que no le pagaba los honorarios, incluso le indicó que conciliaran.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** La existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre el señor JUAN PABLO ROCHA MARTINEZ y la sociedad COOPERATIVA MULIACIVA DEL SECTOR MINERO – ENERGÉTICO Y DE ACTIVIDADES CONEXAS Y COMPLEMENTARIAS COOPMINERALES o de la llamada en garantía ACTIVACREDITOS SAS. **2.** Sí el señor JUAN PABLO ROCHA MARTINEZ tiene derecho o no al reconocimiento y pago de los honorarios insolutos por haber

adelantado diferentes procesos judiciales en favor de la Cooperativa relacionados en el hecho 42 de la subsanación de la demanda.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE ASESORÍA Y/O CONSULTORÍA

El contrato de mandato, por disposición del artículo 2142 del CC, se define como aquel en que una persona confía en otra la gestión de uno o más negocios de ella quien se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Se caracteriza además, por ser un contrato bilateral, que comporta obligaciones tanto en cabeza del mandante como del mandatario, pues el remunerado, conlleva la exigencia de pagar la prestación pactada por parte del mandante, que puede estipularse por un valor determinado conocido desde el principio o aleatorio, como cuando se pactan a cuota Litis, esto es, por una cuota parte o un porcentaje de lo que al final resulte a favor del mandante. (SL4148-2018, Radicación n.º 60379 del 25 de septiembre de 2018)

En los términos atrás expuestos, es pertinente señalar, que el régimen legal que regula la prestación profesional de los servicios de los abogados es el previsto para el contrato de mandato en el libro IV, título 28 del Código Civil, no solo por la naturaleza misma de la actividad que cumplen dichos profesionales sino en virtud de lo definido en el artículo 2144 de dicho estatuto, en tanto prevé que los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o que implican la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.

En lo atinente a la retribución de tales contratos, el artículo 2143 del Código Civil dispone que el mandato puede ser gratuito o remunerado y que la retribución es determinada por las partes, por la ley o por el juez. De otro lado, el artículo 2184 ordinal 3º, del mismo código consagra la obligación para el mandante de cancelar la remuneración estipulada o la usual a su mandatario.

En punto a la tasación de los honorarios del mandato a falta de estipulación entre las partes, la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de radicación 36606 del 22 de enero de 2013, reiteró: que el juez puede suplir la voluntad de las partes, determinando conforme el grado de complejidad del proceso, la calidad y cantidad de la actuación del profesional y la duración del trámite, el monto de los honorarios a que se hizo acreedor.

Así pues, el **DEMANDANTE** peticona a nombre propio, que se condene a la COOPERATIVA MULTIACTIVA DEL SECTOR MINERO ENERGÉTICO Y DE ACTIVIDADES CONEXAS Y COMPLEMENTARIAS CON MINERALES a pagarle

la suma de \$624.900 por concepto de gastos en que incurrió por los procesos encomendados, así como el 20% de los honorarios de los procesos ejecutivos adelantados, dado que su actuación se hizo de acuerdo a algunos endosos en procuración de unos pagarés y que los gastos son consistentes en el pago de transporte para erradicar oficios y notificaciones personales y por los avisos pagados a las empresas ELTB EXPRESS e INTERRAPIDISIMO.

Por su parte, la **COOPERATIVA MULTIACTIVA DEL SECTOR MINERO ENERGÉTICO Y DE ACTIVIDADES CONEXAS Y COMPLEMENTARIAS COOPMINERALES**, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones, como fundamento en su defensa indicó que suscribió orden de prestación de servicios desde el 20 de agosto de 2008 con la empresa ACTIVA CRÉDITO SAS, el cual tenía por objeto prestar sus servicios de cobranza integral, cobranza pre jurídica, que buscaba la recuperación de las obligaciones en mora representada en títulos valores que se estableció en la cláusula primera, que no obstante el contratista se compromete a iniciar cobro por vía judicial, es decir, a la representación de las demandadas a que haya lugar siempre y cuando factores como la cuantía, localización del deudor y estudio de bienes, el contrato se suscribió con ACTIVA CRÉDITO SAS y no con el aquí demandante, quien actuó como representante de esa empresa y se le concedieron poderes como profesional del derecho, situación que continuó después de que éste dejara de ser representante legal de la sociedad que Activa Crédito tenía varios apoderados, sin embargo no se logró determinar si las actuaciones fueron realizadas directamente por el demandante. Por otro lado, que la terminación del contrato entre las sociedades se dio por parte de Activar Créditos S.A.S, mediante comunicación del 7 de febrero del 2019, quien informó la no prórroga del contrato y por lo tanto al finalizar el mismo los poderes terminaban y que los honorarios reclamados corresponden pagarlos a ACTIVA CRÉDITOS SAS ya que son sus abogados.

Finalmente, **ACTIVA CRÉDITOS SAS**, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la demanda y al llamamiento en garantía, considera que no encuentra respaldo de las pretensiones a la realidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, el contrato de prestación de servicios profesionales y más tratándose de servicios de asesoría jurídica o cumplimiento de la gestión encomendada a los profesionales del derecho, se caracteriza por celebrarse en virtud a las condiciones profesionales del contratista, es decir, es un contrato *intuito personae*, esto es, que los actos o contratos están constituidos a partir de las cualidades y conocimientos de un profesional del derecho en particular y que por tanto esa posibilidad o esa facultad no puede ser sustituida por cualquier otra para cumplir con la obligación a él encomendada siempre y

cuando la delegación o la sustitución esté de manera expresa prohibida en el documento respectivo.

Ahora bien, solicita el apelante se revoque la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que, a su consideración el Juzgado de instancia no realizó una debida valoración de la prueba, pues desafortunadamente coinciden los apellidos, y tal como dijo en el interrogatorio de parte, el señor HECTOR ROCHA MARTINEZ es su hermano, pero si se indaga en el MINISTERIO DE TRABAJO, jamás ha trabajado para esa empresa, no hay ningún aporte a Seguridad Social que lo compruebe, indica que viene del sector estatal, y que actualmente es pensionado del sector estatal. Por otro lado, indica que, en el año 2008 cuando manifestó que había firmado ese contrato, no era abogado, pues señala que es abogado desde el 25 de enero de 2011. Es por eso que, cuando el apoderado de la COOPERATIVA dice que hubo un interregno entre el 2008 y 2016, efectivamente prestó servicios jurídicos, conforme lo corroboró la Dra. Lina, quien dijo que ACTIVACREDITO únicamente prestaba servicios pre jurídicos.

En el presente asunto, reposan diferentes actuaciones en sendos procesos judiciales a saber, tal es el caso que reposa documental que contiene información sobre el proceso No. 11001400307120160062700 adelantado ante el Juzgado 71 Civil Municipal de Oralidad de Bogotá instaurado por la demandada COOPMINERALES en contra de ALBA LEONOR PACHON Y OTROS, que de conformidad con auto del 25 de agosto de 2016 se reconoció personería jurídica como apoderado de la parte actora al aquí accionante (fls 7 a 24).

A folios 28 a 34 reposan documentos que acreditan las actuaciones adelantadas dentro del proceso 11001400307320180067600 instaurado por COOPMINERALES en contra de CARLOS DAVID MARTINEZ CARDOZO, que de conformidad con auto del 13 de julio de 2018 se reconoció personería jurídica como apoderado de la parte actora al aquí accionante.

A folios 34 a 40 reposan documentos que acreditan las actuaciones adelantadas dentro del proceso 2018-2363 adelantado ante el Juzgado 25 de Pequeñas Causas y Competencias Múltiple de la sede descentralizada de Kennedy – Bogotá DC, instaurado por COOPMINERALES en contra de CARLOS DAVID MARTINEZ CARDOZO y otra, que de conformidad con auto del 15 de enero de 2019 se reconoció personería jurídica como apoderado de la parte actora al aquí accionante.

A folios 54 a 60 reposan documentos que acreditan las actuaciones adelantadas dentro del proceso 11001400305420170103900, instaurado por COOPMINERALES en contra de FRANCY MELANIA HILARION CALDAS, que de conformidad con auto del 5 de diciembre de 2017 se reconoció personería jurídica como apoderado de la parte actora al aquí accionante.

A folios 61 a 74 reposan documentos que acreditan las actuaciones adelantadas dentro del proceso 11001400303720160077400, instaurado por COOPMINERALES en contra de GLENIS VITOLA HERRERA, que de conformidad con auto del 12 de septiembre de 2016 se reconoció personería jurídica como apoderado de la parte actora al aquí accionante.

A folios 81 a 105 reposan documentos que acreditan las actuaciones adelantadas dentro del proceso 11001400306320160044700, instaurado por COOPMINERALES en contra de JULIAN ANDRES CASTRO MORIANO Y OTRA, que de conformidad con auto del 22 de julio de 2016 se reconoció personería jurídica como apoderado de la parte actora al aquí accionante.

A folios 106 a 121 reposan documentos que acreditan las actuaciones adelantadas dentro del proceso 11001400306320160032500, instaurado por COOPMINERALES en contra de MARIA CONSUELO URREGO DE RUZINKE.

A folios 122 a 138 reposan documentos que acreditan las actuaciones adelantadas dentro del proceso 2018-0221 adelantado ante el Juzgado 6 civil Municipal de Bogotá, instaurado por COOPMINERALES en contra de JULIAN ANDRES CASTRO MORIANO Y OTRA, que de conformidad con auto del 05 de julio de 2018 se reconoció personería jurídica como apoderado de la parte actora al aquí accionante.

A folios 139 a 134 reposan documentos que acreditan las actuaciones adelantadas dentro del proceso 11001400300220180055100, instaurado por COOPMINERALES en contra de OMAR CAMILO BAZURTO VELANDIA, que de conformidad con auto del 15 de junio de 2018 se reconoció personería jurídica como apoderado de la parte actora al aquí accionante.

A folios 155 a 180 reposan documentos que acreditan las actuaciones adelantadas dentro del proceso 1100140030332017800175600, instaurado por COOPMINERALES en contra de NOHEMIA SANTIAGO CUELLAR Y OTRAS, que de conformidad con auto del 16 de enero de 2018 se reconoció personería jurídica como apoderado de la parte actora al aquí accionante.

A folios 190 a 209 reposan documentos que acreditan las actuaciones adelantadas dentro del proceso 11001400305920180065900, instaurado por COOPMINERALES en contra de NOHEMIA SANTIAGO CUELLAR Y OTRA, que de conformidad con auto del 27 de junio de 2018 se reconoció personería jurídica como apoderado de la parte actora al aquí accionante.

A folios 210 a 215 reposan documentos que acreditan las actuaciones adelantadas dentro del proceso 11001400307920180084500, instaurado por COOPMINERALES en contra de VIRGINIA BAUTISTA DE GOMEZ, que de conformidad con auto del 1 de agosto de 2018 se reconoció personería jurídica como apoderado de la parte actora al aquí accionante.

A folios 216 a 227 reposan documentos que acreditan las actuaciones adelantadas dentro del proceso 11001400303420180029700, instaurado por COOPMINERALES en contra de ALFREDO FRANCISCO ZULETA VALLE Y OTRA, que de conformidad con auto anotado en el estado del 3 de abril de 2018 se reconoció personería jurídica como apoderado de la parte actora al aquí accionante.

Por otro lado, reposa contrato de prestación de servicios suscrito el 20 de agosto de 2018 suscrito entre COOPMINERALES y ACTIVACREDITOS SA, representada legalmente por el aquí demandante, JUAN PABLO ROCHA MARTÍNEZ, con el objeto de prestar sus servicios de cobranza integral para adelantar desde su inicio hasta su finalización, la labor de cobranza pre jurídica pertinente para la recuperación de las obligaciones en mora representadas en títulos valores.

Así mismo, respecto del pago de honorarios, establece la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios lo siguiente:

*“**CLAUSULA CUARTA: HONORARIOS PROFESIONALES:** En desarrollo del presente contrato, EL CONTRATISTA podrá recibir de cada uno de los deudores abonos a las obligaciones en mora de conformidad con este contrato y el artículo 1653 del Código Civil. Igualmente, podrá recibir de cada uno de los deudores el valor correspondiente y de común acuerdo con el deudor los honorarios de conformidad con la tarifa señalada por el Colegio de Abogados de Bogotá. Este servicio para el CONTRATANTE tendrá un costo equivalente al 10% sobre lo recaudado por abonos o el total de las obligaciones en la etapa pre jurídica y en la etapa judicial será del 15%.”*

Por su parte, la cláusula quinta del contrato de prestación de servicios dispuso:

*“**CLAUSULA QUINTA: TERMINACIÓN:** Las partes por mutuo acuerdo o de manera unilateral podrán dar por terminado el presente contrato caso en el cual se tendrá como término de preaviso treinta (30) días para ambas partes.”*

Ahora bien, se recibió el **INTERROGATORIO DE PARTE** del demandante quien aceptó haber suscrito el contrato de prestación de servicios, en calidad de gerente de ACTIVACREDITOS SA, mas no como representante legal, en tanto que nunca estuvo registrado en Cámara de Comercio como representante legal.

Así mismo, se recibió **INTERROGATORIO DE PARTE** al representante legal de la demandada COOPMINERALES, quien indicó que suscribió contrato de prestación de servicios con ACTIVACREDITO con el objeto de adelantar cobros pre jurídicos y jurídicos, y que siempre se entendieron con el demandante como delegada de la sociedad ACTIVACREDITO.

De acuerdo al material probatorio allegado al plenario, y contrario a lo manifestado por el apelante, se logra concluir que, el señor JUAN PABLO ROCHA MARTÍNEZ en representación de ACTIVACREDITO SA suscribió contrato de prestación de servicios con COOPMINERALES, con el objeto de prestar servicios de cobranza integral, , en el que se pactó como honorarios profesionales un valor del 10% sobre lo recaudado por abonos o el total de las obligaciones en la etapa pre jurídica y en la etapa judicial el 15%, precisando en todo casi debía asumir los gastos del proceso, siempre y cuando allegara copia de los documentos que acreditaran el envío y pago de las notificaciones a los ejecutados, así como las publicaciones del emplazamiento.

Ahora bien, en cuanto al argumento expuesto en el recurso de apelación en relación que el demandante no tenía la representación legal de la compañía ACTIVACREDITOS, lo cierto es que los representantes legales de las empresas pueden delegar las funciones funciones para que suscriban contratos a los gerentes o subgerentes de las compañías, y en el presente caso, el demandante si bien aparece como “Gerente”, no es necesario que acredite la existencia de su representación legal en el certificado de existencia y representación de la empresa, pues como ya se indicó, dicha función puede delegarse.

Lo anterior se colige de las comunicaciones que datan del 7 de febrero de 2019 visible a folios 376 y 377 del plenario, mediante la cual la sociedad ACTIVACREDITO da por terminado el contrato de prestación de servicios suscrito con COOPMINERALES el 20 de agosto de 2008 el cual expresamente se indica que fue suscrito por el Doctor JUAN PABLO ROCHA MARTÍNEZ, avalando cualquier actuación como representante de la sociedad ACTIVACREDITO.

Ahora, si bien suscribe la anterior comunicación el señor HECTOR ROCHA MARTÍNEZ, según aduce en el recurso de apelación, hermano del demandante, lo cierto es que tal situación no conlleva a esta sede judicial a confundir que el

demandante fue quien suscribió el contrato de prestación de servicio y que la comunicación de terminación del contrato de prestación de servicio lo hizo el señor HECTOR ROCHA MARTÍNEZ, sin que tal situación haga desviar la decisión que acá se adopta.

Por otro lado, si bien reposan comunicaciones expedidas por la señora SANDRA (Sic), como lo menciona el apelante se dirigían al demandante directamente con lo que se acreditan ordenes expresas para adelantar actuaciones dentro de los procesos judiciales, lo primero que hay que precisar es que esta Sala infiere que se refiere a la señora SANDRA PATRICIA DIAZ GARZÓN, Gerente General de COOPMINERALES, respecto de la cual obran a folios 25 a 27, 34, 43 - 44, 56, 137 - 138, 208 - 211, 207 - 209, 219 y 220, entre otras, comunicaciones dirigidas al demandante, no obstante, tal comunicación esta dirigida a ACTIVACREDITO, haciendo especial énfasis en "Atn. Dr JUAN PABLO ROCHA", de lo que se colige que las comunicaciones no iban dirigidas directamente al aquí demandante, sino que por el contrario, se dirigían a la sociedad ACTIVACREDITO con identificación del demandante, como parte de dicha sociedad, por lo que no puede entenderse que existió una orden directa y expresa al demandante, como persona natural, en calidad de profesional del derecho, como lo pretende en su recurso de apelación.

En ese orden de ideas, de conformidad con el material obrante dentro del plenario no se logra llegar a la conclusión que, entre COOPMINERALES y el demandante haya existido de manera directa un contrato de prestación de servicios, si quiera de manera verbal o de carácter escrito, en el sentido que la persona natural JUAN PABLO ROCHA MARTINEZ, en su condición de profesional del derecho hubiera sido contratado directamente por la demandada COOPMINERALES con el fin de que realizara gestiones encaminadas al cobro pre jurídica, sino que por el contrario, quedó acreditado que si bien el demandante fungió como apoderado judicial de COOPMINERALES, lo cierto es que tal situación sucedió en calidad de Gerente de la empresa ACTIVACREDITO, sociedad que si fue contratada por COOPMINERALES, pues como se logra observar, todas las comunicaciones que remitió la demandada COOPMINERALES en relación a los procesos que se estaban adelantado en su favor, fueron dirigidas directamente a la sociedad ACTIVACRÉDITO, como sociedad que adelantó los cobros pre jurídicos, conforme el contrato de prestación de servicios que suscribieron entre sí y que fue allegado al plenario, máxime si se tiene en cuenta que con posterioridad a la fecha en que se solicitó la terminación del contrato de prestación de servicios, esto es, 20 de agosto de 2008, el demandante hubiese actuado como apoderado judicial, en calidad de persona natural de la demandada COOPMINERALES, con el fin de hacer gestiones o adelantar actuaciones al interior de los procesos judiciales que previamente se habían instaurado, y que anteriormente se mencionaron.

Bastan las anteriores consideraciones para despachar desfavorablemente las súplicas del apelante y **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 6 de mayo de 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones que anteceden.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado

(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Link expediente digital: [11001310503020190043001](https://www.cjec.gov.co/portal/seguridad-social/11001310503020190043001)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 033-2019-00828-01

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

DEMANDANTE: **CESAR OSVALDO BUITRAGO RUIZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN, AFP PORVENIR SA. y
SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**
ASUNTO: **APELACIÓN COLPENSIONES // CONSULTA
COLPENSIONES**

Previo a proferir el fallo de segundo grado, se reconoce personería al abogado Henry Darío Machado Gualdrón, identificado con cédula de ciudadanía No. 77.091.125 y con tarjeta profesional No. 248.528 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado sustituto de COLPENSIONES, para todos los efectos del poder allegado mediante correo electrónico el 19 de diciembre de 2022.

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el día 12 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y la demandada COLPENSIONES, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 12 de diciembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

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

DECLARATIVAS

1. **DECLARAR** que el presente caso existió vicio del consentimiento entre el actor y las demandadas administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
2. **DECLARAR** que las demandadas en su condición de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad incurrieron en omisión en el deber de información que tienen las entidades financieras en relación con la comunicación al afiliado de los beneficios y desventajas que tenían en el Régimen de Ahorro Individual.
3. **DECLARAR** la nulidad del traslado de mi poderdante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que por ende son nulas las sucesivas afiliaciones a las demandadas administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a saber: Old Mutual, Porvenir S.A. y Protección S.A.
4. **DECLARAR** que mi representada puede afiliarse libremente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones como es su deseo.

CONDENATORIAS

1. **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., al traslado a COLPENSIONES de la totalidad de lo ahorrado por el demandante en su cuenta de ahorro individual, con todos los valores que hubiere recibido por rendimientos financieros, bonos pensionales, ahorros adicionales, cuotas de administración y demás que le corresponda.
2. **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Colpensiones a recibir por parte de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., la totalidad de lo ahorrado por el demandante CESAR OSVALDO BUITRAGO RUIZ, en su cuenta de ahorro individual junto con todos los valores adicionales, procediendo a registrar a la demandada como su afiliada sin solución de continuidad.
3. **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reconocer al accionante la pensión de vejez, aplicando para el efecto las disposiciones propias del Régimen de Prima Media con el sistema de Seguridad Social.
4. **CONDENAR** en costas a los entes demandados.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de julio 13 de 2020 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de febrero 22 de 2022 (Archivo 16), se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito (Archivo 04, 05, 07 y 12).

Posteriormente, mediante auto de marzo 8 de 2022, se dispuso admitir el llamamiento en garantía formulado por Skandia Pensiones y Cesantías S.A. en contra de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. (Archivo 18), quien contesto el mismo dentro del término legal, conforme da cuenta el auto de agosto 17 de 2022 (Archivo 22).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá** profirió sentencia el 12 de septiembre de 2022, en el siguiente sentido:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por el demandante CÉSAR OSVALDO BUITRAGO RUIZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES; quien deberá reactivar la afiliación del actor en el Régimen de Prima Media y recibir todos los dineros que le fueren trasladados.

TERCERO. ABSOLVER a las entidades demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por el señor CÉSAR OSVALDO BUITRAGO en el presente proceso y absolver también a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A.

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las entidades en sus contestaciones.

SEXTO. COSTAS. Serán a cargo de Protección S.A., tásense las agencias en derecho en la suma de un (01) SMLMV.

SÉPTIMO. Por la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES establecida en el Decreto 4121 de 2011, se dispone a CONSULTAR la presente decisión si esta no es apelada ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.L.”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES**. Solicita se revoque la sentencia, ya que para el presente caso no resulta procedente declarar la ineficacia del traslado de

régimen al no acreditarse las condiciones fácticas y jurídicas para ello. La suficiente información para la época del traslado se demostraba simplemente con la suscripción del formulario. La declaratoria de ineficacia genera una descapitalización del RPM. En caso de confirmar la sentencia, solicita se adicione la sentencia en el sentido de que se devuelvan la totalidad de los aportes, bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales y aporte al 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 ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colmena S.A. hoy AFP Protección S.A., efectuado por **CESAR OSVALDO BUITRAGO RUIZ** el día 5 de mayo de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que PROTECCIÓN S.A., último fondo en que estuvo afiliado el demandante, al igual que la AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 5 de mayo de 1998 (Pág. 28– Archivo 04), luego el 1 de diciembre de 1998 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. (Pág. 68 – Archivo 07); seguidamente, regreso a la AFP PROTECCIÓN S.A., el 25 de enero de 2002 (Pág. 29 – Archivo 04), posteriormente, el 17 de mayo de 2006 se trasladó a SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. (Pág. 36 – Archivo 05) y retorno por tercera vez, el 28 de diciembre de 2015 a la AFP PROTECCIÓN S.A. (Pág. 69 – Archivo 04).

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

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

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

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

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar 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 **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo e Historia Laboral (Archivo 13 y 14); **PROTECCIÓN S.A.:** formulario de afiliación, certificado de información laboral, movimientos de cuenta de ahorro individual, HI bono pensional, SIAFP, respuesta de derecho de petición, política de ejecutivos comerciales, concepto emitido por la Superintendencia Bancaria 2015 y comunicado de prensa (Archivo 04); **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.:** formulario de afiliación, certificado de traslado de aportes, estado de cuenta del afiliado y SIAFP (Archivo 05); la **AFP PORVENIR S.A.:** certificado Asofondos, formulario de afiliación, certificado de egreso, HL consolidada, relación histórica de movimientos, SIAFP, relación de aportes, comunicado de prensa, concepto de la Superintendencia Financiera y auto 583 de 2001 del Ministerio de Hacienda (Archivo 07); y la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.:** pólizas y condiciones generales del contrato de seguro (Archivo 20).

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 5 de mayo de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, 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 5 de mayo de 1998, la demandante tenía 616.14 semanas (Pág. 30 contestación Protección), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 28 de marzo de 1960 - pág. 28 formulario de afiliación) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de historia laboral por Protección, el demandante había cotizado 1129.85 semanas, (Pág. 30 contestación Protección) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características,

determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la COLMENA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., el 5 de mayo de 1998, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. tampoco logro acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

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: ACLARAR la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2022 por el Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PROTECCIÓN SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP ROTECCION SA, AFP PORVENIR SA y AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado a dichos fondos.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(En uso de permiso)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: César Osvaldo Buitrago Ruiz
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**033-2019-00828-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

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

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

Código de verificación: **47b3566ae2784c6462ab3e73471651bf6f171f93a0ba663dfa63d73ab659fce2**

Documento generado en 05/07/2023 04:39:14 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. 024-2020-00202-01

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

DEMANDANTE: MARIA OFELIA NIÑO DE GAVIRIA
DEMANDADO: COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA.
ASUNTO: APELACIÓN DEMANDANTE y COLPENSIONES
CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la parte demandante y la demandada Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de diciembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La demandante a través de su procurador judicial presenta alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 7 de febrero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

MARÍA OFELIA NIÑO DE GAVIRIA 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:

PRINCIPALES

PRIMERA: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de mi poderdante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que resulta INEFICAZ su afiliación a **Colfondos S.A.**

SEGUNDA: DECLARAR que para todos los efectos jurídicos la parte demandante siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado actualmente por **COLPENSIONES**: ADVIERTIENDO que, no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado al Régimen de Ahorro Individual no puede producir efectos, al NO haberse realizado en forma libre y espontánea.

TERCERA: ORDENAR a **Colfondos S.A.**, la devolución a **COLPENSIONES** de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración.

CUARTA: ORDENAR a **COLPENSIONES** reactivar la afiliación de la parte demandante considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; recibir los aportes y rendimientos devueltos por **Colfondos S.A.**; y finalmente, actualizar y corregir la historia laboral de la parte demandante y ponerla a su disposición.

QUINTA: CONDENAR a **Colfondos S.A.**, al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante, los cuales estimo en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, o la suma que el juez considere.

SEXTA: CONDENAR en costas.

PRIMERAS SUBSIDIARIAS

PRIMERA: DECLARAR la NULIDAD del traslado de mi poderdante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que resulta NULA su afiliación a **Colfondos S.A.**

SEGUNDA: DECLARAR que para todos los efectos jurídicos la parte demandante siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado actualmente por **COLPENSIONES**: ADVIERTIENDO que, no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado al Régimen de Ahorro Individual no puede producir efectos, al NO haberse realizado en forma libre y espontánea.

TERCERA: ORDENAR a **Colfondos S.A.**, la devolución a **COLPENSIONES** de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración.

CUARTA: ORDENAR a **COLPENSIONES** reactivar la afiliación de la parte demandante considerando que para todos los efectos legales siempre ha

estado vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; recibir los aportes y rendimientos devueltos por **Colfondos S.A.**; y finalmente, actualizar y corregir la historia laboral de la parte demandante y ponerla a su disposición.

QUINTA: CONDENAR a Colfondos S.A., al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante, los cuales estimo en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, o la suma que el juez considere.

SEXTA: CONDENAR en costas.

SEGUNDAS SUBSIDIARIAS

PRIMERA: DECLARAR como INEXISTENTE el acto por medio del cual mi poderdante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que resulta INEXISTENTE la afiliación a Colfondos S.A.

SEGUNDA: DECLARAR que para todos los efectos jurídicos la parte demandante siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado actualmente por **COLPENSIONES: ADVIERTIENDO** que, no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado al Régimen de Ahorro Individual no puede producir efectos, al NO haberse realizado en forma libre y espontánea.

TERCERA: ORDENAR a Colfondos S.A., la devolución a **COLPENSIONES** de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración.

CUARTA: ORDENAR a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la parte demandante considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; recibir los aportes y rendimientos devueltos por Colfondos S.A.; y finalmente, actualizar y corregir la historia laboral de la parte demandante y ponerla a su disposición.

QUINTA: CONDENAR a Colfondos S.A., al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante, los cuales estimo en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, o la suma que el juez considere.

SEXTA: CONDENAR en costas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de septiembre 18 de 2020, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A., en tiempo, como consta en auto de octubre 25 de 2022 (Archivo 010); se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito (Archivo 05 y 06).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá** el 5 de diciembre de 2022, profirió sentencia en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora **MARÍA OFELIA NIÑO DE GAVIRIA** al RAIS a través de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** la cual fue efectiva a partir del 01 de julio del año 1997, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora **MARÍA OFELIA NIÑO DE GAVIRIA** nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la señora **MARÍA OFELIA NIÑO DE GAVIRIA** como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., ello significa que Colfondos debe trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados con cargos a sus propias utilizadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora **MARÍA OFELIA NIÑO DE GAVIRIA,** como afiliada, actualizar su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe trasladar **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.**

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

SEXTO: sin condena en costas.

SEPTIMO: En caso de que Colpensiones no interponga recurso de apelación remítase el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta a su favor de conformidad con el artículo 69 del CPT Y SS.”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante**, interpone recurso de apelación de forma parcial, esto es, frente a la decisión de no condenar en costas procesales a las demandadas, indicando que, ya que las pretensiones de la demanda fueron concedidas y siendo dicha pretensión una de ellas, siendo estas, debidamente controvertidas por las

demandadas, y siendo adicionalmente, una consecuencia directa a la puesta del aparato jurisdiccional y conforme con el numeral 1 del artículo 365 del CGP estas son procedentes en contra de la parte vencida.

La demandada **COLPENSIONES**, solicita se revoque la sentencia porque dentro del asunto no se logra demostrar que hubo una falta de información al momento del traslado del régimen, ni vicio en el consentimiento; así mismo, por cuanto, la condena emitida va en contra del sostenimiento financiero, imponiendo cargas adicionales al RPM administrado por Colpensiones.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A. efectuado por **MARÍA OFELIA NIÑO DE GAVIRIA** el día 14 de mayo de 1997, efectiva a partir del 1 de julio de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP COLFONDOS SA, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA, el 14 de mayo de 1997 (Pág. 29 demanda).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado

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

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

2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo e Historia Laboral (Archivo 20); **AFP COLFONDOS SA** aportó: certificación SIAFP, estado de afiliación, formulario de afiliación (Archivo 05).

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 14 de mayo 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 14 de mayo de 1997, la demandante si bien no tenía semanas en el ISS lo cierto es que los aportes eran realizados a esta desde la afiliación ante la entidad realizada de igual forma el 14 de mayo de 1997, quienes a su vez devolvían estos a Colfondos S.A. (Pág. 18 y 2 a 10 expediente administrativo, respectivamente), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley

100/93, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 1 de noviembre de 1962 (Pág. 26 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al tener las semanas requeridas (precisando que para el año 2019, fecha de expedición del reporte de estado de cuenta de Colfondos S.A., la demandante había cotizado 1.140,57 semanas, (fol. 63 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede

ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOSS.A., el 14 de mayo de 1997, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que 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 el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

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

tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

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

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

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, frente a la consulta en favor de Colpensiones, se debe aclarar en el sentido ordenar la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo possibiliten, 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, primas de seguros previsionales y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó **MARÍA OFELIA NIÑO DE GAVIRIA** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP COLFONDOS SA, el 14 de mayo de 1997; y 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, los devolverá AFP COLFONDOS 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.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

La demandante centra su inconformidad con la no condena en costas por parte de la *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 Colfondos SA Pensiones y Cesantías, 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 Colfondos SA Pensiones y Cesantías y a favor de la demandante la suma de medio salario mínimo legal vigente.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

No habrá 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 5 de diciembre de 2022 por el Juzgado 24° Laboral el Circuito de Bogotá, **ACLARANDOLA**, en el sentido que AFP COLFONDOS SA deberá devolver la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual de **MARÍA OFELIA NIÑO DE GAVIRIA**, con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES.

SEGUNDO: Las **COSTAS** en primera instancia estarán a cargo de AFP COLFONDOS SA y a favor de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente 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.

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María Ofelia Niño de Gaviria
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**024-2020-00202-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

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

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

Código de verificación: **f2f569bd94dfd29e0ff0b028a5d4a47b06ef594cff4809a7212c0b1f8ea13a57**

Documento generado en 05/07/2023 06:50:44 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. 011-2018-00584-01

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

DEMANDANTE: CLARA ESMERALDA VARGAS GAITÁN
DEMANDADO: COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., AFP PROTECCION S.A. y AFP PORVENIR S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES

Previo a proferir el fallo de segundo grado, se reconoce personería a la abogada Angélica María Cure Muñoz, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.140.887.921 y con tarjeta profesional No. 369.821 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la AFP PORVENIR S.A., para todos los efectos del poder allegado mediante correo electrónico el 28 de noviembre de 2022.

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 40° Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de octubre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Colpensiones y AFP Porvenir S.A., a través de sus procuradores judiciales presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 22 de noviembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

CLARA ESMERALDA VARGAS GAITÁN, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**; y como Litis consorte necesario las **AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS

PRIMERO. Declarar la nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones de la señora **CLARA ESMERALDA VARGAS GAITÁN** con la **AFP COLFONDOS**, por cuanto la misma contenía los vicios del consentimiento del error y el dolo.

SEGUNDO. Declarar que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado y de la afiliación con **COLFONDOS S.A.** de la señora **CLARA ESMERALDA VARGAS GAITÁN**, se deberán trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a **COLPENSIONES**, por cuanto la afiliación al régimen de prima media queda nuevamente vigente.

TERCERO. Declarar que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado y de la afiliación con **COLFONDOS S.A.** de la señora **CLARA ESMERALDA VARGAS GAITÁN**, esta última, podrá solicitar el reconocimiento de su pensión de vejez ante **COLPENSIONES**, una vez cumpla los requisitos establecidos en la Ley.

CONDENATORIAS

PRIMERO. CONDENAR a la **AFP COLFONDOS**, como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad a **TRASLADAR** todos los aportes efectuados por la señora **CLARA ESMERALDA VARGAS GAITÁN** junto con todos sus rendimientos a **COLPENSIONES**.

SEGUNDO. CONDENAR a la **AFP COLFONDOS**, a **ENVIAR** a **COLPENSIONES** todos los detalles del traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado.

TERCERO. CONDENAR a **COLPENSIONES** como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del traslado y la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad a **ACTIVAR** la afiliación de la señora **CLARA ESMERALDA VARGAS GAITÁN** en el régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO. CONDENAR a **COLPENSIONES** como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad a **ACEPTAR Y RECIBIR** el traslado de los aportes de la señora **CLARA ESMERALDA VARGAS GAITÁN**.

QUINTO. CONDENAR a la **AFP COLFONDOS** a pagar las costas del presente proceso y las agencias en derecho.

SEXTO. CONDENAR a la **AFP COLFONDOS**, a todo lo que resulte a favor del demandante con motivo de las declaraciones extra y ultra petita que resulten probadas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda por parte del Juzgado 11° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de noviembre 2 de 2018 (Pág. 101 - Archivo 01), fueron notificadas las demandadas **COLPENSIONES y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de febrero 7 de 2020 (Pág. 235 a 236 - Archivo 01), se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito (Pág. 130 a 160 y 188 a 224 - Archivo 01, respectivamente).

Posteriormente, el Juzgado 40° Laboral del Circuito de Bogotá, **AVOCO CONOCIMIENTO** del proceso mediante proveído de noviembre 16 de 2021 (Archivo 04), luego, en audiencia celebrada el 21 de abril de 2022, fueron vinculadas como Litis consorte necesario la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y la **AFP PORVENIR S.A.** (Archivo 08 y 09), quienes, de igual forma, una vez notificadas del asunto contestaron la demanda en tiempo, conforme se verifica en auto de septiembre 19 de 2022 (Archivo 14), se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito (Archivo 11 y 12).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 40° Laboral del circuito de Bogotá**, profirió sentencia el día 24 de octubre de 2022 (Archivo 23 y 24), en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que **CLARA ESMERALDA VARGAS GAITÁN** efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A.** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las citadas AFP deberán devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de

seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** que acepte a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados del RAIS.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS a cargo de **PROTECCION S.A.** y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a un (1) SMLMV.

SEXTO: CONSULTAR esta sentencia con el superior SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, en lo desfavorable a Colpensiones con fundamento en el art. 69 del C.P.T.S.S.”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES**: Solicita se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, pues considera que a la demandante no le asiste el derecho a que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, por las siguientes razones: **(i) presunción legal para retornar al RPM**, ello, dado a que la demandante a la fecha de la solicitud, esto es, al 28 de febrero de 2018 ya contaba con 59 años, puesto que nació el 24 de junio de 1958, encontrándose a menos de 10 años de la edad para adquirir la pensión, por tanto, no era viable para retornar, conforme la así la ley lo dispone, **(ii) no configuración de los vicios del consentimiento**, toda vez que no se probó ninguna causal de nulidad conforme el artículo 1508 del C.C., teniendo plena validez, la afiliación suscrita de manera primigenia el 31 de 08 de 1994 con el fondo ING, **(iii) no desconocimiento del nuevo precedente jurisprudencial**, al respecto, señalo, que si bien la CSJ utiliza como norma para la aplicación del conocimiento de la información el Decreto 663/1993 es de tener en cuenta que este deber solo se materializo con el Decreto 1748/2014 y el Decreto 2061/2015 por lo cual se contaba con el consentimiento del formulario, sin que se deban imponer cargas adicionales, **(iv) los actos de racionamiento y precedente jurisprudencial**, al respecto, indicó que la afiliación entre el mismo régimen, realizada el 31/08/1994 con ING, el 30/11/2000 con Porvenir, el 14/07/2013 nuevamente con ING, y el 19/02/2007 a Colfondos SA, conforme se expone en SL1061 de 2021, si presenta estos traslados se presumen que los afiliados tienen voluntad y consentimiento de continuar en el RAIS y **(v) principio de**

sostenibilidad financiera, por cuanto, precisó, que conforme con la Corte Constitucional en SU130/2013 nadie puede resultar subsidiado a costas de los demás afiliados a este régimen, dado que RMP se descapitalizaría.

Adicionalmente, señaló que, en caso de no acogerse a los argumentos expuestos, de manera subsidiaria solicitó se condicione el cumplimiento respecto de la devolución de la totalidad de las sumas sobrantes de la cuenta de ahorro de la demandante por todos los fondos de pensiones, y que sean reintegrados cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas consignadas al pensión de garantía mínima y gastos de administración y demás emolumentos entregados debidamente indexados, toda vez que hasta que no se cuente con el reintegro al RPM de los recursos no se podrá dar cumplimiento a lo ordenado, así mismo, peticionó se confirme la decisión en cuanto no condena en costas a la entidad al ser un tercero en el acto que se presume ineficaz y nulo.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por ING PENSIONES Y CENSATÍAS hoy la AFP PROTECCIÓN S.A., efectuado por **CLARA ESMERALDA VARGAS GAITÁN** el día 31 de agosto de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., último fondo en que estuvo afiliada la demandante, al igual que la AFP PROTECCIÓN S.A. y la AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 31 de agosto de 1994 (Pág. 33 – Archivo 12), luego el 30 de noviembre de 2002 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. (Pág. 31 – Archivo 11); posteriormente, regreso a la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A., el 14 de julio de 2003 (Pág. 37 – Archivo 12) y el 29 de enero de 2007 se trasladó a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. (Pág. 161 – Archivo 01).

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

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

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

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

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

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

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

- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar 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 **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo e Historia Laboral; **COLFONDOS S.A.**: formulario de afiliación, SIAFP, HL para bono pensional, certificado de afiliación, circular externa 001 de 2004 expedida por la Superintendencia Bancaria, comunicado de prensa, reporte de estado de cuenta (Archivo 01); la **AFP PORVENIR S.A.**: formulario de afiliación, certificado de egreso, HL consolidada, relación histórica de movimientos, SIAFP, relación de aportes, comunicado de prensa, concepto de la Superintendencia Financiera y auto 583 de 2001 del Ministerio de Hacienda (Archivo 11); y la **AFP PROTECCIÓN S.A.**: formularios de afiliación, solicitud de bono pensional, HL para bono pensional, SIAFP, constancia de traslado de aportes, concepto de la Superintendencia Financiera y comunicado de prensa año gracia (Archivo 12).

Es decir, que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 31 de agosto de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la

ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, 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 31 de agosto de 1994, la demandante tenía 210.43 semanas (Pág. 163 contestación Colfondos SA), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 36 años (nació el 24 de junio de 1958 (Pág. 19 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al tener las semanas requeridas (precisando que para el año 2019, fecha de expedición del reporte de estado de cuenta de Colfondos S.A., la demandante había cotizado por el período del 11 de abril de 2007 al 29 de agosto de 2016, Pág. 166 a 179 contestación Colfondos SA) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A., el 31 de agosto de 1994, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. tampoco lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

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

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

explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, se confirmará lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes con sus rendimientos financieros, lo mismo que los gastos de administración, seguros previsionales, bonos pensionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados en favor

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **CLARA ESMERALDA VARGAS GAITÁN** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP PROTECCIÓN S.A., el 31 de agosto de 1994.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en

este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de octubre de 2022 por el Juzgado 40° Laboral el Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(En uso de permiso)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Enlace expediente digital: [11001310501120180058401](https://www.cajadecolombia.gov.co/11001310501120180058401)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Clara Esmeralda Vargas Gaitán
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**011-2018-00584-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

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

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

Código de verificación: **4171ba22b63265069828904b6c1aca768b8fae70e9236afce7abdd812dc11f91**

Documento generado en 05/07/2023 04:39:13 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. 022-2019-00647-02

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

DEMANDANTE: DIEGO FERNANDO LAMOS URRUTIA
DEMANDADO: COLPENSIONES, AFP PROTECCION S.A. y AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA AFP PROTECCIÓN S.A., AFP PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES

Previo a proferir el fallo de segundo grado, se reconoce personería al abogado Michael Cortázar Camelo, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.032.435.292 y con tarjeta profesional No. 289.256 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado sustituto de COLPENSIONES, para todos los efectos del poder allegado mediante correo electrónico el 31 de enero de 2023.; así mismo, se personería al abogado Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.018.469.231 y con tarjeta profesional No. 365.094 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la AFP PORVENIR S.A., para todos los efectos del poder allegado mediante correo electrónico el 1 de febrero de 2023.

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada AFP PROTECCIÓN S.A., AFP PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22° Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de diciembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

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

ANTECEDENTES

DIEGO FERNANDO LAMOS URRUTIA, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES, AFP PROTECCION S.A, AFP PORVENIR S.A, y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS

1. Que se declare que la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** omitió proporcionar información necesaria, transparente, cierta, real, suficiente, determinante y oportuna, el deber del buen consejo al señor **DIEGO FERNANDO LAMOS URRUTIA**, al momento de realizar la afiliación y traslado del **REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA** administrado por el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** al **REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**, administrado por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** el 30 de septiembre de 1996.
2. Que se declare que, debido a esa omisión de información necesaria, transparente, cierta, suficiente, clara y oportuna, del deber del buen consejo y de la doble asesoría por parte de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** en el traslado de régimen pensional del señor **DIEGO FERNANDO LAMOS URRUTIA**; carece de los elementos necesarios exigidos por la ley para para su existencia o validez y por lo tanto el mismo resulta **INEFICAZ**.
3. Que, en consecuencia, se declare la **INEFICACIA** del traslado del **REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA** al **REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**, efectuado por el señor **DIEGO FERNANDO LAMOS URRUTIA**; realizado el 01 de octubre de 1996, a través de la afiliación hecha por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**
4. Que, conforme a lo anterior, se declare que el señor **DIEGO FERNANDO LAMOS URRUTIA**, nunca se trasladó eficazmente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por lo tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado

hoy en día por **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**.

5. Que se declare que el demandante **DIEGO FERNANDO LAMOS URRUTIA**, encuentra válidamente afiliado a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.
6. Que se declare que la **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** debe realizar el traslado inmediato de los dineros y rendimientos depositados en la cuenta individual del señor **DIEGO FERNANDO LAMOS URRUTIA**, al Régimen de Prima Media Prestación Definida, administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, incluidas las sumas percibida por concepto de gastos de administración, debidamente indexadas, por el periodo que el actor permaneció afiliado a esa administradora.
7. Que se declare que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**, tiene la obligación de admitir el traslado del señor **DIEGO FERNANDO LAMOS URRUTIA**, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
8. Que se declare que el señor **DIEGO FERNANDO LAMOS URRUTIA**, tiene derecho a recibir su pensión de vejez de conformidad con las previsiones legales del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

CONDENATORIAS

1. Que se **ORDENE** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, que admita el regreso automático del señor **DIEGO FERNANDO LAMOS URRUTIA**, como afiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.
2. Que, en consecuencia, se **CONDENE** a la **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, a trasladar todos los aportes y rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual del señor **DIEGO FERNANDO LAMOS URRUTIA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.
3. Que se **CONDENE** a **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, los dineros percibidos por concepto de gastos de administración, por el periodo en que el actor permaneció afiliado a la administradora, de manera indexada.
4. Que se **CONDENE** a la **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, que el traslado de los dineros y rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual de mi representado se haga sin descontar valor alguno por gastos de administración o cualquier otro rubro.

5. Que se **CONDENE** a las demandadas al pago de todos a los derechos que resulten probados, conforme a las facultades para decidir de manera extra y ultra petita.
6. Que se **CONDENE** a las demandadas al pago de las costas y agendas en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda por parte del Juzgado 22° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de julio 21 de 2021 (Pág. 188- Archivo 01), fueron notificadas las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de enero 26 de 2022 (Archivo 08), se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito (Archivo 03, 04, 05 y 06).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 22° Laboral del circuito de Bogotá**, profirió sentencia el día 5 de diciembre de 2022 (Archivo 33 y 34), en el siguiente sentido:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor **DIEGO FERNANDO LAMOS URRUTIA**, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 20 de agosto de 1994. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a **SKANDIA S.A.** fondo en el que se encuentran los aportes del demandante, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a **COLPENSIONES**.

TERCERO: ORDENAR a la **AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, a remitir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** –, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas, conforme quedó explicado precedentemente.

CUARTO: DECLARAR que **COLPENSIONES** bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** recibir los dineros provenientes de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA S.A.** y efectuar los ajustes

en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a las **PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**. Fíjese como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

OCTAVO: CONSÚLTESE, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.**, presentó recurso parcial frente a la decisión emitida por la Juez de primer grado, en lo que tiene que ver con el traslado de las cuotas de administración de manera indexada, pues, indicó que se trata de comisiones ya causadas dentro de la administración de los dineros de la cuenta de ahorro del demandante, conforme a la Ley y como contraprestación de una buena gestión, y teniendo en cuenta que en el RPM también realizan este tipo de descuentos y que a la fecha en la cuenta con la que contaba el actor no se encuentra ningún de dinero pendiente de devolución.

La demandada **AFP PORVENIR S.A.**, presentó recurso en contra de la decisión, en lo que corresponde a la ineficacia de la afiliación y respecto a la devolución de los dineros de manera indexada, indicando que si bien ya existe una amplia y pacífica línea jurisprudencial planteada por parte de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que esta corporación ya ha indicado y reiterado que la misma que no se podrá aplicar de manera homogénea, sino bajo una similitud de condiciones prácticas, encontrando que en el presente caso, el traslado efectuado por el demandante al RAIS es completamente válido al haberse dado de manera libre, consciente y voluntaria. Arguyó, que para el año 1994 fecha del traslado, todo se regía por la ley 100/93, solo se exigía la firma en el formulario, sin necesidad de más requisitos, y si su deseo era devolverse, debió haberlo hecho en los plazos que están contemplados en la ley, no se puede alegar la propia negligencia en su beneficio.

Peticionó que en caso de mantenerse la decisión de primera instancia sea revoca la condena relativa a la indexación de los valores a devolver ya que al ordenarse la entrega de rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

Finalmente, respecto de la autorización a Colpensiones de reclamar perjuicios, no encuentra la entidad argumento alguno para acceder a ello, ya que indica que no quedo acreditado cual fue la desmejora o daño causando, máxime cuando las sumas deben devolverse de manera indexada, por lo que condenar a ambos conceptos resulta siendo incompatible.

La demandada **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, de igual forma, no compartió de manera parcial la decisión de primera instancia, frente a la devolución de los conceptos de gastos de administración y primas de previsión debidamente indexados, ya que conforme lo dicho en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, la AFP gracias a su buena gestión de administración e inversión ha generado los rendimientos. Así mismo, señaló, que conforme con el Decreto 3995 en su artículo 7 y el concepto emitido por la Superintendencia Financiera, procede únicamente la devolución de los saldos, rendimientos y porcentajes de la pensión mínima, generando un enriquecimiento sin justa causa el ordenar un pago adicional. Por último, preciso, que dicha condena no fue solicitada por lo que iría en contra de lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

La demandada **COLPENSIONES**, se aparta de todas las argumentaciones de la decisión, en razón, a que el demandante no tiene certeza de una situación que ocurrió hace más de 20 años, momento en el cual con la solo firma del formulario de afiliación se cumplía con deber de información. Expuso, que, respecto de la sostenibilidad financiera de la entidad, el demandante no estuvo afiliado en el RMP y por tanto no ayudo a financiar el mismo por lo que no puede verse beneficiado de este. Ahora, frente a la condena en costas, solicita se revoque la decisión al ser un tercero en el asunto.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **DIEGO FERNANDO LAMOS URRUTIA** el día 29 de agosto de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., último fondo en que estuvo afiliado el demandante, al igual que la AFP PROTECCIÓN S.A. y la AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 29 de agosto de 1994 (Pág. 31 – Archivo 03), luego el 12 de septiembre de 2000 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. (Pág. 35 – Archivo 05); posteriormente, el 28 de noviembre de 2008 se trasladó a SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. (Pág. 38 – Archivo 04).

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

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

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de

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

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

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

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

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar 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 **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo e Historia Laboral (Archivo 06); la **AFP PORVENIR S.A.**: formulario de afiliación, certificado de egreso, HL consolidada, relación histórica de movimientos, SIAFP, concepto de la Superintendencia Financiera (Archivo 03); **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**: formulario de afiliación, HL consolidada, estado de cuenta. Bono pensional, simulación del año 2019, derechos de petición y respuesta de estos (Archivo 04); y la **AFP PROTECCIÓN S.A.**: formularios de afiliación, derecho de petición, SIAFP, movimiento de cuenta de ahorro, concepto de la Superintendencia Financiera y comunicado de prensa año gracia (Archivo 05).

Es decir, que el fondo demandado no allega ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 29 de agosto de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión

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

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

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

Claramente para el momento del traslado 29 de agosto de 1994, el demandante tenía 554.57 semanas (Pág. 94 contestación Colpensiones), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 22 de febrero de 1962 (Pág. 4 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir los requisitos de ley (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Skandia SA, el demandante había cotizado un total de 1.739,57 semanas, Pág. 49 contestación Skandia S.A.) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 29 de agosto de 1994, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que la AFP PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. tampoco lograron acreditar en el debate probatorio el haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta se aclarará lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro a AFP Skandia SA de la totalidad de los aportes y bonos pensionales, con sus rendimientos financieros, lo mismo que los gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados en favor de COLPENSIONES y con cargo a sus propios recursos; y en cuanto las AFP PORVENIR Y PROTECCION SA, deberán devolver los gastos de administración, los seguros previsionales y el aporte al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: **ACLARAR** la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2022 por el Juzgado 22° Laboral el Circuito de Bogotá, en cuanto a que la AFP Skandia SA deberá reintegrar la totalidad de los aportes y bonos pensionales, con sus rendimientos financieros, que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor a **COLPENSIONES**, al igual que los gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; y en cuanto las **AFP PORVENIR Y PROTECCION SA**, deberán devolver a **COLPENSIONES** los gastos de administración, los seguros previsionales y el aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

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

a favor del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a cada una. Se **REVOCAN** las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(En uso de permiso)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Enlace expediente digital: [11001310502220190064702](https://www.corteconstitucional.gov.co/ExpDictado/11001310502220190064702)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Diego Fernando Lamos Urrutia
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**022-2019-00647-02**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

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

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

Código de verificación: **8320f301d1df47bfc40703bd711d174a358660b40a87c435743ca5a9b73adc9a**

Documento generado en 05/07/2023 04:39:13 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. 023-2022-00062-01

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

DEMANDANTE: MARTHA GRACIA ROMERO
DEMANDADO: COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA AFP
PORVENIR S.A. y COLPENSIONES // CONSULTA
COLPENSIONES**

Previo a proferir el fallo de segundo grado, se reconoce personería al abogado Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.018.469.231 y con tarjeta profesional No. 365.094 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la AFP PORVENIR S.A., para todos los efectos del poder allegado mediante correo electrónico el 11 de enero de 2023.

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23° Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de noviembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y la AFP Porvenir S.A., a través de sus procuradores judiciales presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 12 de diciembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

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

- a. Se declare que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, asesoró equivocadamente a mi representada MARTHA GRACIA ROMERO al afiliarla a dicha entidad, y trasladándola del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy en día ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
- b. Se declare que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., omitió la obligación de asesorar a mi representada MARTHA GRACIA ROMERO, respecto a la posibilidad de retornar al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES - I.S.S. hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
- c. Se declare la ineficacia de la afiliación suscrita entre la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y MARTHA GRACIA ROMERO.
- d. Como consecuencia de lo anterior ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el traslado de la señora MARTHA GRACIA ROMERO a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE 4 4 Página 2 de 18 PENSIONES - COLPENSIONES, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad.
- e. Así mismo, se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, activar en el sistema a la señora MARTHA GRACIA ROMERO.
- f. Se condene al pago de las costas procesales y agencias enderecho que se ocasionen con este proceso.
- g. ULTRA Y EXTRA PETITA

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda por parte del Juzgado 23° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de marzo 28 de 2022 (Archivo 03), fueron notificadas las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de octubre 10 de 2022 (Archivo 08), se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito (Archivo 05 y 06).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 23° Laboral del circuito de Bogotá**, profirió sentencia el día 18 de noviembre de 2022 (Archivo 10 y 11), en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante MARTHA GRACIA ROMERO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARTHA GRACIA ROMERO, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues tales conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir la señora MARTHA GRACIA ROMERO en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEXTO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.”

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **AFP PORVENIR S.A.**, presentó recurso en contra de la decisión, en lo que corresponde a la ineficacia de la afiliación y respecto a la devolución de los dineros de manera indexada, indicando que si bien ya existe una amplia y pacífica línea jurisprudencial planteada por parte de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que esta corporación ya ha indicado y reiterado que la misma

que no se podrá aplicar de manera homogénea, sino bajo una similitud de condiciones prácticas, encontrando que en el presente caso, el traslado efectuado por el demandante al RAIS es completamente válido al haberse dado de manera libre, consciente, voluntaria e informada. Arguyó, que para el año 1995 fecha del traslado, todo se regía por la ley 100/93, solo se exigía la firma en el formulario, sin necesidad de más requisitos, y si su deseo era devolverse, debió haberlo hecho en los plazos que están contemplados en la ley, no se puede alegar la propia negligencia en su beneficio.

Termina la sociedad entregando unos rendimientos superiores a los que hubieren sido gestionados por Colpensiones, por lo que esa agencia oficiosa no debería dar lugar a la restitución de estos, sino tan solo a aquellos que hubiere causado Colpensiones, por lo que solicita se modifique la decisión en dicho aspecto, y se ordene las restituciones mutuas, ya que de lo contrario generaría un enriquecimiento sin justa causa.

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

La demandada **COLPENSIONES**, se aparta de todas las argumentaciones de la decisión, en razón, a que la demandante ya se encuentra inmersa en la prohibición del traslado del régimen. Expuso, que, al momento de realizar el mismo, no se evidencia dolo culpa o error.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **MARTHA GRACIA ROMERO** el día 8 de agosto de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A., fondo en que estuvo afiliada la demandante, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con

prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 8 de agosto de 1995 (Pág. 28 – Archivo 06).

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

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

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

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

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

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

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

- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad-portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si 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 la **AFP PORVENIR S.A.** aportó: formulario de afiliación, certificado de egreso, HL consolidada, relación histórica de movimientos, respuestas derecho de petición, SIAFP, consulta de viabilidad, HL bono pensional, concepto de la Superintendencia Financiera, comunicado de prensa y respuesta Ministerio de Hacienda auto 583 de 2021 (Archivo 06).

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

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

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

Claramente para el momento del traslado 8 de agosto de 1995, la demandante tenía 13.5 semanas (Pág. 31 contestación Porvenir S.A.), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 24 de agosto de 1957 (Pág. 22 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al tener las semanas requeridas (precisando que para el año 2022, fecha de expedición de historia laboral por Skandia SA, la demandante había cotizado un total de 1.145 semanas, Pág. 31 contestación Porvenir S.A.) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 8 de agosto de 1995, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS.

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

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

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

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

inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

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

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

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

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de

antafío y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2022 por el Juzgado 23° Laboral el Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(En uso de permiso)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Enlace expediente digital: [11001310502320220006201](https://www.cajadecolombia.gov.co/11001310502320220006201)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Martha Gracia Romero
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**023-2021-00062-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

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

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

Código de verificación: **1b21b61b1ddf7f07eb526842b5defa4cfa09e3a4e32d35f4d67aa398cce946a3**

Documento generado en 05/07/2023 04:39:14 PM

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