



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 003-2021-00353-01

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **ANTONIO JOSE SARMIENTO REYES**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
PORVENIR S.A.
ASUNTO: **APELACION Y CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de marzo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y accionadas, presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 23 de mayo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

El señor **ANTONIO JOSE SARMIENTO REYES**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.**, como aparece en el archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

1. DECLARAR la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, ante la omisión de **PORVENIR S.A.**, en el deber de información.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a **COLPENSIONES**, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros.

2. CONDENAR a COLPENSIONES a vincularlo en el régimen que administra y recibir todos los dineros provenientes del RAIS.

3. Costas procesales.

PRETENSIONES CONDENATORIAS SUBSIDIARIAS.

1. De no ser declarada la nulidad, se condene a **PORVENIR S.A.** a pagar el valor de decremento pensional o el valor de la diferencia que recibiría en el RPM.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A., contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la afiliación que efectuó el demandante, el día 29 de septiembre de 1999, fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia del formulario de vinculación.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe. Inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, entre otras.

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que no se demostró la ocurrencia de algún vicio en el consentimiento para la calenda en que el actor decidió libre y voluntariamente trasladarse de régimen pensional, aunado a que esta inmerso dentro de la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, entre otras.

El Juzgado de conocimiento por auto del 06 de diciembre de 2022, admitió el escrito de defensa presentado por **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** (carpeta 12).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 3 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 15 de marzo de 2023, en el siguiente sentido:

***“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado realizado por el demandante **ANTONIO JOSÉ SARMIENTO REYES** del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 29 de septiembre de 1999, para entender vinculado al **Demandante**, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por **COLPENSIONES**, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la **AFP PORVENIR S. A.**, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - **COLPENSIONES** todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante **ANTONIO JOSÉ SARMIENTO REYES** por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el evento que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver los descuentos que hubiera realizado por concepto de gastos de administración, los valores de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía*

de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - **COLPENSIONES** aceptar el traslado y recibir los dineros que efectúe la **AFP PORVENIR S. A.**, para que proceda a activar la afiliación del Demandante **ANTONIO JOSÉ SARMIENTO REYES**, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de **prescripción** propuesta por cada una de las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a la Demandada **COLPENSIONES** las que se tasan en la suma de **UN MILLÓN OCHOCIENTOS MIL (\$1.800.000) PESOS MCTE**, y **PORVENIR S. A.**, en la suma de **UN MILLÓN QUINIENTOS MIL (\$1.500.000) PESOS MCTE**.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada **COLPENSIONES**, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el párrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS.”

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia presentó recurso de apelación, indicando que no se debió emitir condena en su contra por concepto de costas, como quiera que rechazo la solicitud del actor, por estar inmerso en la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, en la medida que para la calenda en que efectuó el requerimiento le hacía falta menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. Finalmente manifestó que no se configuraron los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado.

De igual forma, la Sala avocará el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**, efectuado por **ANTONIO JOSE SARMIENTO REYES**, el día 29 de septiembre de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la **AFP PORVENIR S.A.**, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a **COLPENSIONES**, y 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 septiembre de 1999. (fl 76 y 100 del archivo 8 del expediente digital)

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado

46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

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

marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

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

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

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

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

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo. **AFP PORVENIR S.A:** certificado de afiliación, formulario de vinculación, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, respuesta dada a los requerimientos efectuados por el actor, detalle de análisis jurídico, comunicados de prensa y concepto emitido por la superfinanciera.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 29 de septiembre de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo

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

Solo afirma en la contestación de la demanda, que en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

Claramente para el momento del traslado 29 de septiembre de 1999, el demandante tenía 119.71 semanas efectuadas al RPM (historia laboral incorporada por COLPENSIONES -carpeta 10-), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 13 de mayo de 1960, historia laboral), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2022 (precisando que para el 28 de diciembre de 2020, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PORVENIR S.A., que obra en el fls 77 del archivo 08 del expediente digital, el demandante había cotizado 1356 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 29 de septiembre de 1999, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

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

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

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

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

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

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

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

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

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

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

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

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

estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Ahora, la orden de reintegro involucra la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, al efecto es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Por lo tanto, esta Sala de decisión considera pertinente realizar la adición de la sentencia de primera instancia, referente a que la condena impartida en contra de **PORVENIR S.A.**, referente a trasladar a **COLPENSIONES**, los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, deberán ser indexados y con cargo a los propios recursos de la entidad.

Cabe advertir que, la indexación de las sumas ordenadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, tiene vocación de prosperidad *-tema que es estudiado por virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES-* toda vez que como se ha precisado, la ineficacia indica que el traslado de régimen nunca surtió efectos, empero durante ese tiempo la AFP, si manejó dichos dineros o recursos, generando beneficios para su patrimonio, por lo que los rubros mencionados no pueden retornar al RPM, en la misma cuantía, ya que además han perdido su valor adquisitivo.

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

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **ANTONIO JOSE SARMIENTO REYES**, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP PORVENIR S.A.**, el 29 de septiembre de 1999, pero modificando la decisión, en el entendido que la administradora de carácter privado **PORVENIR S.A.**, devolverá a Colpensiones la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en relación a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá **PORVENIR S.A.**, a **COLPENSIONES** debidamente indexados, atendiendo para ello el tiempo que estuvo vinculada a la AFP y con cargos 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, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de régimen pensional, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA.

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo.

Sin embargo en el asunto bajo estudio, *-nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional-* las costas deben fijarse únicamente a cargo de los fondos

de pensiones de carácter privado, ya que con su omisión han dado lugar a una multiplicidad de procesos, sin que en el asunto de marras, Colpensiones haya tenido injerencia en el acto jurídico que generó el traslado, como tampoco era la entidad competente para resolver sobre la ineficacia solicitada por el afiliado, por lo tanto la razón de su vinculación en el presente trámite, fue consecuencia jurídica de la omisión del fondo de pensiones, y en esa medida se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia recurrida y consultada, en el entendido que las costas de la primera instancia, estarán a cargo UNICAMENTE de PORVENIR S.A.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 15 de marzo de 2023, por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de **CONDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.**, a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante **ANTONIO JOSE SARMIENTO REYES**, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los retornara **PORVENIR S.A.** a **COLPENSIONES debidamente indexados**, teniendo en cuenta para ello el tiempo en que el actor, estuvo vinculado a cada compañía y con cargo a los propios recurso de la compañía.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia proferida el 15 de marzo de 2023, por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de ABSOLVER a COLPENSIONES de la condena en costas de la primera instancia, conforme se expuso.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

CUARTO: 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.

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310500320210035301](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 012-2022-00063-01

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **HECTOR QUINTERO JIMENEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
PROTECCIÓN S.A.
COLFONDOS S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACION Y CONSULTA
COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de mayo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes no presentaron alegaciones, pese a lo ordenado en auto de 23 de mayo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

El señor **HECTOR QUINTERO JIMENEZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**, como aparece en el archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. DECLARAR la **NULIDAD Y/O INEFICACIA** del traslado y afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual, por el incumplimiento de la administradora en el deber de información.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. CONDENAR a las compañías demandadas a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital que reposa en la cuenta de ahorro individual.

2. CONDENAR a COLPENSIONES a recibirlo como su afiliado.

3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PROTECCION S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el acto jurídico de traslado celebrado con el demandante cumplió con los requisitos de existencia y validez, por lo que a su juicio produjo todos los efectos legales. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, entre otras.

Mientras que **COLFONDOS S.A.**, en su escrito de oposición, indicó que brindó al actor una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, así como del funcionamiento del mismo, las diferencias con el RPM, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, entre otras.

Entre tanto **COLPENSIONES**, como argumento de defensa expuso que el asegurado efectuó el traslado de manera libre y voluntaria, por lo que considera que la AFP, si lo asesoró en la decisión de cambiarse de régimen. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales y cobro de lo no debido.

El Juzgado de conocimiento por auto del 04 de noviembre de 2022, admitió los escritos de defensa presentados por **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.** (carpeta 13).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 2 de mayo de 2023, en el siguiente sentido:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor **HÉCTOR QUINTERO JIMÉNEZ** identificado con C.C. No. 19.454.195 del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al de ahorro individual con solidaridad administrado por **DAVIVIR S.A.**, el 22 de febrero de 1996, junto con los siguientes traslados a **COLFONDOS** el 8 de octubre de 1999 y a **SANTANDER** el 22 de febrero de 2001, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor **HÉCTOR QUINTERO JIMÉNEZ** al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor **HÉCTOR QUINTERO JIMÉNEZ** tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A.** y a **PROTECCIÓN** a devolver a **COLPENSIONES**, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al demandante, durante el tiempo que permaneció afiliado a esta y en el caso de **PROTECCIÓN** cuando inicialmente con **DAVIVIR**, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido.

QUINTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir todos los valores que reintegren **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor **HÉCTOR QUINTERO JIMÉNEZ** al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a **PROTECCIÓN S.A.**, **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES** a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de **COLPENSIONES**, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA.**"

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia presentó recurso de apelación, insistiendo que no es posible acceder a las pretensiones invocada por el accionante, ya que se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, además que de accederse a ello, afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, ya que el afiliado, nunca contribuyó al fondo común. Finalmente frente a la condena en costas adujo que actuó de buena, en la medida que no tuvo injerencia en el acto de traslado realizado por el actor., sustentando dicho argumento en el criterio expuesto por esta Corporación.

De igual forma, la Sala avocará el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la **AFP DAVIVIR** actualmente **PROTECCIÓN S.A.**, efectuado por **HECTOR QUINTERO JIMENEZ** , el día 22 de febrero de 1996, así como aquella vinculación realizada a COLFONDOS el 08 de octubre de 1999 y a SANTANDER, el 22 de febrero de 2001; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PROTECCION Y COLFONDOS S.A, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y continúe afiliado al RPM. (folio 36, 37 y 41, carpeta 11)

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 DAVIVIR SA., actualmente PROTECCION S.A., el 22 de febrero de 1996; que el 08 de octubre de 1999 se vinculó a COLFONDOS, mientras el 22 de febrero de 2001, se cambio a SANTANDER hoy PROTECCIÓN. (folio 36, 37 y 41, carpeta 11)

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, 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 (habiendo retornado al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803

RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

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

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

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

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo (carpeta 8 y 9). **AFP PROTECCIÓN S.A:** formularios de afiliación, soportes de verificación de historia laboral, escrito de composición de portafolios, historial de vinculaciones, historia válida para bono pensional, reporte estado de cuenta, historia laboral, concepto emitido por la Superfinanciera y comunicados de prensa (carpeta 11) . **AFP COLFONDOS:** certificado de existencia y representación legal e historial de vinculaciones (carpeta 10)

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado **DAVIVIR-PROTECCIÓN S.A.**, haya suministrado la suficiente información el día 22 de febrero de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirma en la contestación de la demanda, que en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

Claramente para el momento del traslado 22 de febrero de 1996, el demandante tenía 734.57 semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES (historia laboral allegada por COLPENSIONES carpeta 08 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 19 de julio de 1961, folio 142 archivo 1 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo ha hecho, había podido pensionarse en el RPM en el año 2023 (precisando que para la calenda en que expedida la historia laboral por parte de PROTECCIÓN S.A. -03 de junio de 2022-, el demandante había cotizado 1616.29 semanas- folio 37 cuaderno 11; en cambio en el RAIS tan solo podría conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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 PROTECCIÓN S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada, en este caso la que realizó la AFP PROTECCIÓN S.A., el 22 de febrero de 1996, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

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

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

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

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

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

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.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, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de

fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

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

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

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

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

Ahora, se halla razón al A quo al emitir orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, dado que así se dejó estipulado en la sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual se reiteró:

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

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

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Por lo anterior, esta Sala de decisión **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, en cuanto condenó a **PROTECCIÓN Y COLFONDOS S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliado el demandante a cada entidad, los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Cabe advertir que, la indexación de las sumas referenciadas, tiene vocación de prosperidad, toda vez que como se ha precisado, la ineficacia indica que el traslado de régimen nunca surtió efectos, empero durante dicho tiempo la AFP, si manejó dichos dineros o recursos, generando beneficios para su patrimonio, por lo que los rubros mencionados no pueden retornar al RPM, en la misma cuantía, ya que además han perdido su valor adquisitivo.

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

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el

señor **HECTOR QUINTERO JIMENEZ**, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A.**, el 22 de febrero de 1996 y consecuentemente aquellas vinculaciones realizadas a **COLFONDOS Y SANTANDER S.A.**.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA.

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo.

Sin embargo en el asunto bajo estudio, *-nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional-* las costas deben fijarse únicamente a cargo de los fondos de pensiones de carácter privado, ya que con su omisión han dado lugar a una multiplicidad de procesos, sin que en el asunto de marras, Colpensiones haya tenido injerencia en el acto jurídico que generó el traslado, como tampoco era la entidad competente para resolver sobre la ineficacia solicitada por el afiliado, por lo tanto la razón de su vinculación en el presente trámite, fue consecuencia jurídica de la omisión del fondo de pensiones, y en esa medida se revocará parcialmente el numeral séptimo de la sentencia recurrida y consultada, en el entendido que las costas de la primera instancia, estarán a cargo **UNICAMENTE** de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.**

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral séptimo de la sentencia proferida el 2 de mayo de 2023, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de ABSOLVER a COLPENSIONES de la condena en costas de la primera instancia, conforme se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

TERCERO: 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.

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310501220220006301](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 020-2021-00016-01

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **MARIA DEL PILAR MONROY LÓPEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
COLFONDOS S.A.
PROTECCIÓN S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA
COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de marzo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandada -COLPENSIONES.-, presentó alegaciones, según lo ordenado en auto de 23 de mayo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA DEL PILAR MONROY LÓPEZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, como aparece en el archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

1. **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual administrado en su momento por **COLFONDOS S.A.**

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES**, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, suma adicional y rendimientos.

2. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a activar la afiliación en el régimen que administra, así como a recibir todos los dineros provenientes del RAIS.

3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PROTECCIÓN S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que la demandante efectuó el traslado de manera libre, espontánea y sin presiones, precedido de una asesoría adecuada, correcta y suficiente. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y validez y eficacia del traslado entre Administradoras de Fondo de Pensiones del RAIS.

Mientras que **COLFONDOS S.A.**, en su escrito de oposición, enunció que brindó a la accionante información de manera clara, veraz y comprensible, indicándole que estaba cubierta por los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, entre otras.

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se este en presencia de algún vicio en el consentimiento, o nota de protesto o anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, entre otras.

El Juzgado de conocimiento por auto del 26 de enero de 2023, admitió el escrito de defensa presentado por **PROTECCIÓN S.A.**, **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES** (carpeta 18).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 22 de marzo de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora MARIA DEL PILAR MONROY LOPEZ, el día 16 DE MAYO DE 1997, al **FONDO PENSIONAL COLFONDOS** con posterior traslado horizontal al fondo **PROTECCION**, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la administradora AFP PROTECCION S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado la señora MARIA DEL PILAR MONROY LOPEZ, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A Y AFP PROTECCION S.A., a favor de la parte actora. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

QUINTO: CONSULTAR en caso de no ser apelada la anterior decisión, con el superior por haber sido adversa a los intereses de COLPENSIONES, entidad administradora de pensiones de la cual es garante la Nación.

SEXTO: ABSOLVER a las demandada de las demás pretensiones

RECURSO DE APELACION

COLPENSIONES, inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia presentó recurso de apelación, alegando en síntesis que se desconoció la prohibición legal, consiste en que ningún asegurado puede trasladarse de régimen pensional, cuando le hiciera falta menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, restricción en la que se encuentra la demandante.

Así mismo aseguró que el traslado se realizó conforme a los parámetros legales ya que se cumplieron todos los requisitos para ello, sumado a que no hubo una afectación en el derecho pensional de la demandante. Indicó que la falta de información no se ve reflejada, ya que Colfondos impartió la información correspondiente, además que la afiliada debía realizar las averiguaciones correspondientes. Señaló que estas ineficacias están afectando la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que solo están pretendiendo retornar al RPM para obtener una pensión mas alta. De igual manera, solicitó se revocara la condena en costas, ya que Colpensiones, legalmente debía oponerse a dicho traslado. Finalmente peticionó la devolución los gastos de administración y seguros previsionales, ya que se dejó sin efectos el traslado que realizó la asegurada al RAIS.

De igual forma, la Sala avocará el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por MARIA DEL PILAR MONROY LÓPEZ, el día 16 de mayo de 1997 y consecuentemente aquel realizado a PROTECCIÓN S.A.; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y 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 COLFONDOS S.A., el 16 de mayo de 1997 y posteriormente se vinculó a PROTECCIÓN S.A., actuación que ocurrió el 26 de mayo de 2010 (fl 43 y 49 carpeta 13 del expediente digital)

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional, 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 (habiendo retornado al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022,

SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

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

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

haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

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

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo (carpeta 12). **AFP PROTECCION S.A:** allegó formulario de afiliación, documento de identificación de la demandante, consulta de viabilidad, historial de vinculaciones, historia valida para bono pensional, reporte estado de cuenta, historia laboral, reporte estado de cuenta, historia laboral consolidada, respuesta dada a requerimiento presentados por la accionante, concepto de la superfinanciera y comunicados de prensa (carpeta 13). COLFONDOS S.A., incorporó: certificado de existencia y representación legal e historial de vinculaciones (carpeta 14).

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 16 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 afirma en la contestación de la demanda, que en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Aclarando que, del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en

la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 16 de mayo de 1997 , la demandante tenía 287.57 semanas (historia laboral allegada por COLPENSIONES- carpeta 12 del expediente administrativo), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 27 años (nació el 07 de abril de 1967 fl 49 del archivo 1 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2024 (precisando que para el 25 de noviembre de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PROTECCION S.A., que obra en el fls 63 del archivo 13 del expediente digital, la demandante había cotizado 1497 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 16 de mayo de 1997, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

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

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

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

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

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

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

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

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de

fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

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

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

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

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

Ahora, la orden de reintegro debe comprender la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, dado que como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, por lo que esta Sala de decisión considera pertinente revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, en el entendido de CONDENAR tanto a COLFONDOS S.A. como a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a **COLPENSIONES** con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliada la demandante a cada entidad, lo correspondiente a comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

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

Por las anteriores razones se **confirmara** la sentencia de primera instancia, en lo relacionado con **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora MARÍA DEL PILAR MONROY LÓPEZ, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP COLFONDOS**, el 16 de de mayo de 1997 y consecuentemente la efectuada a PROTECCIÓN S.A., pero se revocará parcialmente el numeral sexto de la sentencia, en el entendido que tanto PROTECCIÓN como COLFONDOS S.A. deberán devolver a Colpensiones los

gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, teniendo en cuenta para ello el tiempo que estuvo vinculada a cada compañía.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de régimen pensional, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA.

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo.

Sin embargo en el asunto bajo estudio, *-nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional-* las costas deben fijarse únicamente a cargo de los fondos de pensiones de carácter privado, ya que con su omisión han dado lugar a una multiplicidad de procesos, sin que en el asunto de marras, Colpensiones haya tenido injerencia en el acto jurídico que generó el traslado, como tampoco era la entidad competente para resolver sobre la ineficacia solicitada por el afiliado, por lo tanto la razón de su vinculación en el presente trámite, fue consecuencia jurídica de la omisión del fondo de pensiones, y en esa medida se revocará parcialmente el numeral cuarto de la sentencia recurrida y consultada, en el entendido que las costas de la primera instancia, estarán a cargo ÚNICAMENTE de COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SEXTO DE LA SENTENCIA proferida el 22 de marzo de 2023, por el Juzgado 20º Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de CONDENAR tanto a PROTECCIÓN como COLFONDOS S.A. a devolver a Colpensiones los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, teniendo en cuenta para ello el tiempo en que la demandante estuvo vinculada a cada compañía y con cargos a sus propios recursos.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia proferida el 22 de marzo de 2023, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de ABSOLVER a COLPENSIONES de la condena en costas de la primera instancia, conforme se expuso.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

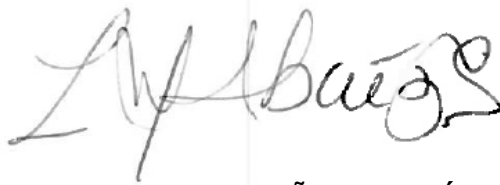
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310502020210001601](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 024-2021-00229-01

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **MARIA TERESA SALAMANCA MARIÑO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
PORVENIR S.A..**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación concedido a favor de la parte demandada -PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 31 de marzo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes demandante y demandada -PORVENIR y COLPENSIONES.-, presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 17 de mayo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA TERESA SALAMANCA MARIÑO**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, como aparece en el archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

1. **DECLARAR INEFICAZ** el presunto traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual, por intermedio de PORVENIR S.A., el 8 de septiembre de 1999, por incumplimiento de las obligaciones fijadas en el literal b) del artículo 13, 114 y 271 de la Ley 100 de 1993.
2. **DECLARAR** que es beneficiaria del régimen de transición, por contar con 750 semanas al 22 de julio de 2005 y mas de 35 años de edad, al 1 de abril de 1994 y cumplir los 55 años el 23 de abril de 2008

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. **CONDENAR a PORVENIR S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES**, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos.
2. **CONDENAR a COLPENSIONES** a activar la afiliación en el régimen que administra, así como a recibir todos los dineros provenientes del RAIS.

3. CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, junto con las mesadas adicionales, incrementos legales e intereses moratorios o indexación.

3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que la decisión de traslado efectuada por la demandante fue producto de una decisión libre e informada, después de haber recibido asesoría clara, precisa, veraz y suficiente sobre el funcionamiento, características y requisitos del RAIS, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que el traslado de régimen que efectuó la accionante al RAIS, fue válido, al no demostrarse la ocurrencia de algún vicio en el consentimiento que hubiere afectado la decisión libre y voluntaria. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, entre otras.

El Juzgado de conocimiento por auto del 10 de octubre de 2022, admitió el escrito de defensa presentado por **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** (carpeta 14).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 31 de marzo de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA, la excepción de cosa juzgada, conforme lo motivado.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora MARIA TERESA SALAMANCA MARIÑO al RAIS a la cual efectuó ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 8 de septiembre de 1999, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

TERCERO: DECLARAR que para todo los efectos legales la señora MARIA TERESA SALAMANCA MARIÑO, nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, contrario a ello siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, los valores que haya deducido por concepto de gastos de administración debidamente indexados, conforme a lo motivado.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a re liquidar la mesada pensión de la demandante MARIA TERESA SALAMANCA MARIÑO, desde el 1 de enero de 2011, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta un IBL, para el 1 de enero de 2011 de \$2.154.598 al que se le aplica una tasa de reemplazo del 90%. Por lo tanto, la mesada para el 1 de enero de 2011 en la suma de \$1.939.138, la cual indexada al año 2023 asciende a la suma de \$3.327.291.52.

SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a reconocer y pagar las diferencias que se causen en la mesada pensión de la demandante, señora MARIA TERESA SALAMANCA MARIÑO, por lo tanto debe reconocer un retroactivo a partir del 13 de abril de 2018 que liquidado hasta el 31 de marzo de 2023, asciende a la suma de \$43.977.716, conforme lo motivado.

SEPTIMO: DECLARAR parcialmente probados los hechos sustento de la excepción de prescripción respecto a las diferencias ordenadas y no probados los hechos sustento de las demás excepciones.

OCTAVO, SIN condena en costas.

NOVENO: CONDENAR a la demanda a pagar las diferencias adeudadas a la demandante debidamente indexadas, conforme a lo motivado.

DECIMO: en el evento en que COLPENSIONES no interponga recurso de apelación contra la presente decisión, remítase el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACION

COLPENSIONES, inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia presentó recurso de apelación, indicando: *“En primera medida, respecto de la excepción de cosa juzgada es importante solicitar al honorable tribunal revocar en este punto la decisión como quiera que Colpensiones efectuó el reconocimiento de una pensión a favor de la demandante teniendo en cuenta esta decisión judicial las directrices que le fueron dadas así entonces no puede endilgarse ninguna responsabilidad en cabeza de mi representada ni ningún incumplimiento respecto del reconocimiento de la pensión de vejez. De igual manera, es importante señalar su señoría y honorables magistrados que los procesos de nulidad del traslado pues en su fundamento están dados para las personas que no pudieron retornar a el régimen de prima media porque ya se encontraban dentro de la imposibilidad legal de que trata el artículo 13 de la ley 100 pues así está sentada la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia. No obstante en el presente asunto ese no es el escenario de lo que se*

trata es de que la demandante pretende solamente tener una mejor mesada pensional en cuanto a su cuantía perdón la redundancia y para ello entonces se vale de las herramientas que no están dadas para este fin y es que se declare la nulidad del traslado y en ese sentido pues las pretensiones van dirigidas a lo mismo es al reconocimiento de la pensión de vejez. En ese sentido, pues le solicitó al honorable tribunal revocar la decisión y declarar la cosa juzgada. De no ser así y respecto a la nulidad del traslado reiterando los argumentos antes dichos pues en este caso no se está dando esa desmejora respecto de las condiciones o respecto de la información y la afectación a los derechos que fundamente la declaratoria de una ineficacia del traslado como quiera que la demandante pues logró pensionarse en el régimen de prima media porque en efecto logró su traslado y en razón a ello pues a juicio de está apoderada desaparecen esos fundamentos para que se declare la nulidad o ineficacia de la procedencia de esa declaración ineficacia y en este caso particular si se está afectando directamente el principio de sostenibilidad financiera del sistema porque se le está imponiendo una carga adicional no por el afiliado porque ya es un afiliado del régimen de prima media sino porque se le está imponiendo un reconocimiento adicional reiteró pese a que dicho reconocimiento se dio conforme una decisión judicial, y en razón a ello pues si se están afectando los recursos propios que administra el régimen de prima media a cargo de Colpensiones con ello entonces dejó sentado mi recurso de apelación reiterando respetuosamente al honorable tribunal revocar esta decisión y en su lugar absolver a Colpensiones de todas y cada una de las condenas que fueron impuestas.”

Mientras que **PORVENIR S.A.**, en su recurso de apelación, preciso: *“Interpongo recurso de apelación, para que se revoque de forma parcial el fallo proferido en el punto número 4 en el cual nos indican que debemos realizar la devolución de gastos de administración debidamente indexados. Frente a este punto señores magistrados expongo a su consideración que si bien existe un precedente del*

órgano de cierre de la jurisdicción como el citado por el a-quo, bajo los argumentos que ha manifestado el Honorable Tribunal en diferentes salas, no se debe aplicar el precedente de manera objetiva ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto y es por eso señores magistrados que no es factible que se ordene la devolución de gastos de administración pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 del 93, también el régimen de prima media destina este porcentaje de cotizaciones a financiar gastos de administración pensión de invalidez y sobrevivencia; dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez por ello están sujetos incluso a la prescripción, además es necesario resaltar que la superintendencia financiera de Colombia indico en el 2020 de forma expresa que en los eventos en que proceda la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta del afiliado es por eso señores magistrados que deberá de declararse la prescripción respecto a la devolución de gastos de administración y la prima de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta de la afiliada con sus respectivos rendimientos financieros, por cuanto no le corresponden estos valores a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez no puede predicarse su imprescriptible característica precisamente que goza el derecho pensional; frente a la indexación traemos lo que nos ha indicado el Tribunal Superior de Cali en el proceso 2020083 que indica: En cuanto a la indexación de la condena la sala considera que no hay lugar a dicha imposición toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado en los emolumentos a retornar se fundamenta lo previamente resuelto en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto de lo cual se aplica el artículo 1746 del Código Civil al no existir una norma que regule la temática y la ineficacia tanto en la ley 100 del 93 como en materia comercial haciendo uso análogo en los citados artículos posición que asume tanto la jurisprudencia civil como la laboral en especial en la sentencia SL 2946 20212

todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que pudiese haberse ocasionado con el traslado del demandante al fondo común; de manera entonces considero que los supuestos sobre los cuales se condenaron a mi representada no se encuentran acreditados en este punto y en consecuencia solicito de la manera más respetuosa al honorable tribunal revocar esta condena.”

De igual forma, la Sala avocará el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente declarar la ineficacia del traslado que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado en su momento por AFP PORVENIR S.A.; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y si hay lugar a la reliquidación del beneficio pensional, en virtud de lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición.

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 se traslado a la AFP PORVENIR S.A., el 08 de septiembre de 1999 (fl 93 carpeta 08 del expediente digital). Así mismo esta probado, que retorno al RPM, en noviembre de 2003.

Ahora en el presente asunto se alega la excepción de cosa juzgada, bajo el argumento que la accionante en un proceso anterior, solicitó el reconocimiento

de la pensión con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, siendo denegada por COLPENSIONES, bajo el argumento que estaba válidamente afiliada al RAIS, por lo que PORVENIR era la encargada de efectuar el reconocimiento pensional.

La demandante inconforme con la decisión adoptada por Colpensiones, presento demanda, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad, quien ordenó el traslado de todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora a COLPENSIONES, condenando a esta última entidad a reconocer la pensión con base a los preceptos enunciados en la Ley 797 de 2003; decisión que fue revocada por esta Corporación y casada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, tenemos que a la luz de lo establecido en el artículo 19 de la Ley 712 de 2001 y 303 del C.G.P., los presupuestos que determinan la existencia del medio exceptivo en mención, son:

- a). Que en el nuevo proceso exista identidad jurídica de partes.
- b). Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, o sea, sobre las mismas pretensiones.
- c). Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior, es decir, por los mismos hechos.

Ahora, sabido es que para mantener el orden y la armonía que debe reinar en toda comunidad, los fallos de los jueces deben cumplirse inexorablemente, pues están acompañados de una presunción de verdad, a lo que se le da el nombre de imperatividad, coercibilidad e inmutabilidad y que en lenguaje jurídico se denomina cosa juzgada.

La cosa juzgada impide replantear las mismas pretensiones; la sentencia se vuelve inmutable, pues no puede ser modificada y es coercible, ya que, si el afectado se niega a cumplirla, se puede obtener su cumplimiento mediante la fuerza, si fuere necesario, lo cual indica que las partes no pueden sustraerse a su cumplimiento.

Y es que precisamente nuestro órgano de cierre lo ha indicado de ésta manera en sentencia con radicación No 48295 del 29 de junio de 2016, al precisar:

(...) Para que se configure el fenómeno de cosa juzgada se debe acreditar la existencia de la triple identidad de partes, objeto y causa. Es así como esta Sala de la Corte, en decisión CSJ SL, 23 oct. 2012, rad. 39.366, reiterada en sentencias CSJ SL8658-2015 y CSJ SL7889-2015, expuso:

*Razones de orden mayor imponen la necesidad de evitar ventilar nuevamente un mismo litigio cuando sobre éste ya se ha asentado de manera definitiva el pensamiento de su juzgador natural, por manera que, al tenerse por superada la controversia mediante la sentencia judicial en firme, ésta adquiere las características de ‘definitivita’ e ‘inmutabilidad’, que al lado de tener por solucionado el conflicto, otorgan a las partes comprometidas certeza del derecho discutido y **seguridad jurídica sobre lo decidido**.*

Pero para que la cosa juzgada adquiera la fuerza que persigue la ley, no basta que solamente una o dos de las identidades antedichas se reflejen en el nuevo proceso; como tampoco, para negarla, que por la simple apariencia se desdibujen los elementos que la conforman, esto es, el objeto del proceso, la causa en que se funda y los sujetos entre quienes se traba la disputa. Por eso, para que se estructure la cosa juzgada, de una parte, deben

concurrir, necesariamente y en esencia las tres igualdades anotadas, y, de otra, deben aparecer identificados claramente los elementos que las comportan.

Aplicando los anteriores parámetros al asunto examinado, resulta que, al analizar el expediente digital remitido por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito, en el cual reposan copias de las sentencias proferidas en primera y segunda instancia, así como la emitida por la Sala de Casación Laboral dentro del proceso 110013105027201600598 adelantado por la señora MARÍA TERESA SALAMANCA MARICO en contra de COLPENSIONES y PORVENIR, a través de la cuales se puede visualizar que se enunciaron como pretensiones, se declarará que con su regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ocurrido el 11 de diciembre de 2003, recuperó el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y como consecuencia de ello se condenara a COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir del 1 de enero de 2011, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990.

En dicha oportunidad, el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia condenatoria, en el siguiente sentido:

“PRIMERO. CONDENAR a la demanda PORVENIR S.A SA a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARIA TERESA SALAMANCA MARIÑO, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR A la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a pagar a la señora MARIA TERESA SALAMANCA MARIÑO la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2011 en cuantía de \$1.495.370, junto con los reajustes legales y dos mesadas adicionales anuales, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a pagar a la señora MARIA TERESA SALAMANCA MARIÑO la suma de \$177'243.094 que corresponde a las mesadas pensionales causadas entre el 7 de septiembre de 2012 hasta el 31 de octubre de 2019 incluidos los reajustes legales anuales y dos mesadas adicionales anuales, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios a la demandante a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera causados sobre cada mesada pensional debida, desde el 8 de marzo de 2016 hasta que sea incluida en nómina la prestación reconocida, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN y NO PROBADAS las de INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE e INEXISTENCIA DE INTERESES MORATORIOS, formuladas por COLPENSIONES y NO PROBADAS las de FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, formuladas por PORVENIR S.A.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a COLPENSIONES en la suma de \$10'000.000 como agencias en derecho a favor de la demandante.

La anterior decisión fue revocada por esta Sala especializada, en tanto la Sala de Casación Laboral, caso la providencia, y en sentencia de instancia, enunció:

“PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, el cual quedara así:

Segundo: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, a pagar a la señora María Teresa Salamanca Mariño la pensión de vejez a partir del 1 de enero de 2011 en cuantía de \$1.432.807, junto con los reajustes legales y dos mesadas adicionales anuales, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. El valor de la mesada al año 2022 asciende a \$2.173.360

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, el cual quedara así:

Tercero: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, a pagar a la señora María teresa Salamanca Mariño, la suma de \$244.291.700, que corresponde a las mesadas pensionales causadas entre septiembre de 2012 y mayo de 2022, incluidos los reajustes legales anuales y dos mesadas adicionales anuales, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.”

El alto tribunal en la decisión adoptada, consideró que la demandante había retornado válidamente al Régimen de Prima Media, por lo que Colpensiones, era la entidad encargada del reconocimiento del derecho pensional; sin embargo adujo, que perdió el beneficio de la transición por haberse trasladado al RAIS, aun cuando hubiese regresado al RPM:

“Así, nótese que la demandante inició el pago de cotizaciones al ISS en el mes de julio de 1983 hasta julio de 1999; al RAIS, por conducto de Porvenir S.A. desde agosto de 1999 hasta octubre de 2003 y, nuevamente al RPM del mes de noviembre de 2003 hasta diciembre de 2010, momento para el cual registró novedad de retiro del sistema, hechos, que se memora, no fueron sometidos a controversia en sede extraordinaria.

No obstante lo anterior, esta Corporación no puede pasar por alto que, el juez plural, sí se equivocó al concluir que la afiliación válida de la demandante al sistema general de pensiones era la efectuada al RAIS, a través de Porvenir S.A.

En efecto, como se precisó en precedencia, la actora reanudó el pago de aportes al régimen de prima media a partir de noviembre de 2003, fecha para la cual, si bien no superaba el tiempo de permanencia mínima en RAIS establecido por la Ley 797 de 2003, le faltaban menos de diez años para arribar a la edad pensional, pues nació el 23 de abril de 1953.

De esta suerte le era aplicable la excepción prevista en el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y el artículo 1 del Decreto 3800 del mismo año, es decir, tenía hasta el 28 de enero de 2004, para trasladarse por única vez, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, traslado que fue aceptado por dicha entidad de manera tácita, pues si bien no suscribió el formulario de afiliación ante el ISS, previo al pago de

aportes en mención, hecho que no se halla en controversia, lo cierto es que dicha vinculación, se dio sin desconocer las oportunidades previstas en la ley para la migración entre regímenes pensionales, como quedó visto.

(...)

Según lo explicado en la anterior decisión, no existe duda de que se presentó la «aceptación tácita de la afiliación», pues la administradora del régimen de prima media no objetó los pagos que le realizaron entre noviembre de 2003 y diciembre de 2010. Por el contrario, en la documental de folio 27, que corresponde a la página 29 del documento electrónico contentivo del cuaderno de primera instancia, dicha entidad informa a la actora que «se pudo determinar que usted está afiliado (sic) al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, Administrado por Colpensiones».

Ahora, frente a la recuperación del régimen de transición, la Sala de Casación Laboral en el proceso ya referenciado, donde la hoy demandante era la promotora, preciso:

“Ahora bien, ha enseñado esta Corte que, solo recuperan la transición, aquellas personas que decidan retornar al Régimen de Prima Media, siempre y cuando a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones tuvieran 15 o más años de servicios o su equivalente en cotizaciones. Así se reiteró, en sentencia CSJ SL1507-2018

Luego de las situaciones fácticas narradas, es dable concluir que en ambos procesos la demandante es MARIA TERESA SALAMANCA MARIÑO, en tanto respecto de la entidad demandada, lo es COLPENSIONES y PORVENIR. Sin embargo, las pretensiones del proceso inicial estaban encaminadas a que se declarara que estaba vinculada en el RPM y por tanto COLPENSIONES era la entidad de reconocer la prestación por vejez, entre tanto en el actual la accionante pretende, se declare la ineficacia de ese traslado y como consecuencia de ello, se declare que siempre estuvo vinculada al Régimen de Prima Media y por ende goza de las prerrogativa de este régimen.

En el proceso primigenio, como en el actual, alegó que inicialmente se vinculó al ISS, que después se trasladó al RAIS, retornando nuevamente al Régimen de Prima media, que nació el 23 de abril de 1953, que cuenta con más de 1300, y que cotizó más de 750 para el momento en que entró en vigencia el Acto Legislativo 2005.

De manera que la excepción de cosa juzgada no se configuró, habida cuenta que no hubo identidad de objeto, pues las pretensiones en uno y otro proceso son totalmente distintas, tan es así que el supuesto de hecho de los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme a los cuales quienes se trasladen voluntariamente al RAIS, a menos que tengan 15 años o más de servicios cotizados, pierden el régimen de transición (C-789-2002), prerrogativa que no se esfuma en el caso que se declare la ineficacia del cambio de régimen pensional.

El anterior criterio tiene su asidero en lo expuesto por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 2929 de 2022, en la que se enunció:

“Precisamente en este asunto Colpensiones se negó a reconocerle a la demandante la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, bajo el argumento de que, si bien era titular del régimen de transición por edad y retornó al RPMPD en virtud de una orden de tutela, solo podían recuperar los beneficios del régimen de transición quienes a 1.º de abril de 1994 tuvieran 15 años o más de servicios cotizados; situación en la que aquella no se encontraba.

*Sin embargo, en la medida que la ineficacia del cambio de régimen pensional implica que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ello significa a su vez que el traslado realizado hacia el RAIS no tiene relevancia jurídica, pues ha de entenderse que nunca ocurrió. **En otros términos, el supuesto de hecho de los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme a los cuales quienes se trasladen voluntariamente al RAIS, a menos que tengan 15 años o más de servicios cotizados, pierden el régimen de transición (C-789-2002), no se configura cuando***

se declara la ineficacia del traslado, pues al amparo de esta figura ha de darse por sentado que las repercusiones jurídicas que se esperaban con la suscripción del traslado jamás ocurrieron, o lo que es igual, que el afiliado jamás se trasladó al RAIS. (subrayado fuera de texto)

En este orden de ideas, dado que no se configuró el medio exceptivo enunciado, pasa esta Sala a definir si hay lugar a declarar la ineficacia de ese traslado de régimen pensional, para lo cual, 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, 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 (habiendo retornado al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

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

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

- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo (carpeta 07). **AFP PORVENIR S.A.:** historial de vinculaciones, formulario de afiliación, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, certificado de vinculación, historia valida para bono pensional y comunicados de prensa (carpeta 08).

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 08 de septiembre de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para

obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la pérdida del régimen de transición, 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 afirma en la contestación de la demanda, que en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

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

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

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.

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

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita

comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

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

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

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

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

Ahora, la orden de reintegro debe comprender la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la

devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, dado que como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de

garantía de pensión mínima, por lo que esta Sala de decisión considera pertinente modificar el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el entendido de **CONDENAR** tanto a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliada la demandante a dicha entidad, lo correspondiente a comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Cabe advertir que, la indexación de las sumas ordenadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, tiene vocación de prosperidad *-tema que es estudiado por virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES-* toda vez que como se ha precisado, la ineficacia indica que el traslado de régimen nunca surtió efectos, empero durante ese tiempo la AFP, si manejó dichos dineros o recursos, generando beneficios para su patrimonio, por lo que los rubros mencionados no pueden retornar al RPM, en la misma cuantía, ya que además han perdido su valor adquisitivo.

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

Por las anteriores razones se **confirmara** la sentencia de primera instancia, en lo relacionado con **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **MARÍA TERESA SALAMANCA MARIÑO**, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP PORVENIR S.A.**, el 08 de septiembre de 1999, pero se modificará el numeral cuarto de la sentencia, en el entendido que

PORVENIR S.A. deberá devolver a Colpensiones los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, teniendo en cuenta para ello el tiempo que estuvo vinculada a dicha compañía.

REGIMEN DE TRANSICIÓN.

Tal como se ha precisado, declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional conlleva a determinar que la actora siempre permaneció en el RPMPD y por ende conservó los beneficios del régimen de transición- *Sentencia SL 2929 de 2022*:-

“Como quiera que la declaración de ineficacia se traduce en la privación de efectos del acto de traslado y en el entendimiento de que la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD, cabe colegir que Pinilla Ramírez nunca se desprendió de los beneficios del régimen de transición, al cual tenía derecho por tener más de 35 años de edad a 1.º de abril de 1994, pues nació el 1.º de julio de 1958. En consecuencia, a la demandante le asiste el derecho al reajuste de su pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición, a partir del 1.º febrero de 2014, día siguiente a aquel en que reportó la novedad de retiro, según se advierte en la historia laboral allegada.”

Igualmente se debe señalar, que nuestro máximo órgano de cierre ha precisado que en el caso de los pensionados del RAIS, no es posible darle efectos prácticos a la declaratoria de ineficacia, como quiera que la calidad de pensionado en este régimen pensional da lugar a una situación jurídica consolidada o un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar «a

múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto» (CSJ SL373-2021). No obstante, esta regla no puede extenderse a los pensionados del RPMPD, toda vez que estos se encuentran en una situación completamente distinta, al punto que el restablecimiento de sus derechos no apareja las complejidades y tensiones propias de los pensionados del RAIS.

De esta manera, se encuentra probado que la accionante para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad, pues nació el 23 de abril de 1953, según el documento de identificación que obra dentro del expediente administrativo, situación que la hace beneficiaria del régimen de transición, por lo que es posible estudiar su situación pensional según el Acuerdo 049 de 1990.

El referido Acuerdo, consagra como requisitos para acceder a esta prestación, cincuenta y cincuenta y cinco años de edad (55) por tratarse de una mujer y quinientas (500) semanas cotizadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o mil (1000) en cualquier tiempo.

Ahora, el Acto Legislativo 01 de 2005, limitó la vigencia del régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010, excepto para los afiliados que gozaran del régimen de transición y contabilizaran por lo menos 750 semanas o su equivalente en tiempo a su entrada en vigencia-29 de julio de 2005-, o salvo para quienes causen el derecho pensional antes de la fecha precitada.

En el presente asunto, la actora cumplió 55 años de edad, el 23 de de abril de 2008 (carpeta 7), y de acuerdo con la sentencia emitida por la Sala de Casación Laboral, dentro del proceso que inició la demandante con radicado 110013105027201600598 contra Colpensiones, se dejó establecido que había cotizado 1318, hasta el ciclo diciembre de 2010, de las cuales 1180.72 las efectuó para abril de 2008, sin embargo tal como se afirmó en la sentencia

referenciada, el retiro del sistema por parte de la accionante lo fue en diciembre de 2010, por lo que el disfrute lo era desde el 1 de enero de 2011, en cuantía de \$1.939.138, suma que fue determinada con base al IBL enunciado en la providencia dictada -\$2.154.598-, pues independiente de la norma aplicable el Ingreso base de liquidación, es igual para todos, variando únicamente el porcentaje de la pensión, el cual debía ser del 90%, dada las semanas cotizadas.

Cabe mencionar que el IBL, como la fecha de disfrute de la prestación y el número de semanas, ya fueron definidos en una sentencia precedente, temas que no pueden ser desconocidos en este trámite, al surtir los efectos de cosa juzgada.

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 ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, al involucrar el derecho pensional; sin embargo, no ocurre lo mismo frente a la mesadas objeto de reliquidación, las cuales pueden ser objeto de este fenómeno, sino se reclaman dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad.

Por lo tanto, como quiera que la reclamación se efectuó el 12 de abril de 2021, y la demanda fue radicada el 19 de mayo de 2021, y notificada a COLPENSIONES y PORVENIR S.A., el 16 de diciembre de 2021 y el 22 de abril de 2022, respectivamente, todas aquellas mesadas causadas con anterioridad al 12 de abril de 2018, se vieron afectadas por este fenómeno. Advirtiéndose que si bien la accionante desde el año 2011, efectuó diversas peticiones, para obtener

la reliquidación de su pensión, lo cierto, es que solo en aquella efectuada en el 2021, se solicitó la ineficacia del traslado y consecuentemente la recuperación del régimen de transición.

Así las cosas, efectuadas las operaciones aritméticas, se obtuvo un retroactivo \$43.977.716, generado desde el 13 de abril de 2018 hasta el 31 de marzo de 2023.

Por los argumentos expuestos la sentencia de primera instancia será confirmada en este aspecto.

COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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: MODIFICAR EL NUMERAL CUARTO DE LA SENTENCIA proferida el 31 de marzo de 2023, por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de CONDENAR tanto a PORVENIR S.A., a devolver a Colpensiones los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, teniendo en cuenta para ello el tiempo en que la demandante estuvo vinculada a la compañía y con cargos a sus propios recursos.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

TERCERO: 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.

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310502420210022901](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 038-2021-00424-01

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **MILTON HUGO ORTIZ MELGAREJO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
PORVENIR S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR S.A.// CONSULTA
COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor del demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y ocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de abril de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandada -COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 17 de mayo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

El señor **MILTON HUGO ORTIZ MELGAREJO**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, como aparece en el archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

- 1. DECLARAR** la **INEFICACIA Y/O NULIDAD** de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual, por intermedio de la AFP **PORVENIR S.A.**, ante el incumplimiento del deber de información.
- 2. DECLARAR** como única afiliación válida, la llevada cabo ante el extinto Instituto de Seguros Sociales hoy **COLPENSIONES**.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

- 1. CONDENAR a PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital que reposa en la cuenta de ahorro individual, junto con la historia laboral.
- 2. CONDENAR a COLPENSIONES** a recibirla como su afiliado y reciba todos los dineros provenientes del RAIS.
- 3. Costas procesales.**

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante al RAIS, fue completamente válido, como quiera que estuvo

precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, innominada o genérica.. (carpeta 10).

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que el asegurado no puede retornar al régimen que administra, por estar esta inmersa dentro de la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e inexistencia del derecho. .

El Juzgado de conocimiento por auto del 21 de febrero de 2023, admitió los escritos de defensa presentados por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. (carpeta 14).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 19 de abril de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERA: ABSOLVER a las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A** de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por el señor **MILTON HUGO ORTIZ MELGAREJO**. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES Dadas las resultas del juicio el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo del demandante. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la

liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$100.000 en favor de cada una de las accionadas.

CUARTO: *Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.”*

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por MILTON HUGO ORTIZ MELGAREJO, el día 05 de junio de 2001; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A., el 5 de junio de 2001 (fl 27 carpeta 10 del expediente digital)

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional, 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 (habiendo retornado al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

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

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

afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

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

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES**: historia laboral (carpeta 10). **AFP PORVENIR S.A.**: escrito suscrito por el demandante, sobre la implicaciones del traslado, formulario de afiliación, certificación de vinculación a dicha compañía, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, cartilla de inducción, respuesta dada por la compañía frente a los requerimientos efectuados por el actor, historia valida para bono y comunicados de prensa (carpeta 10).

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 05 de junio de 2001, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por 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.

Ahora, el Juzgado de conocimiento, absuelve de las pretensiones invocadas en el escrito inicial, bajo el argumento que no se probaron las situaciones fácticas, narradas en el libelo inicial, mas cuando en el interrogatorio el demandante aseguró que no estuvo presente un asesor de Porvenir, sino que procedió a

firmar el formulario por orden del empleador; no obstante, llama la atención que en el hecho 5 de la demanda, el accionante describe que un asesor se presentó en la empresa donde laboraba, frente al cual la pasiva indicó: *“el demandante al momento de suscribir el formulario de vinculación con mi representada, recibió información de manera clara, oportuna, suficiente y cierta, por parte de PORVENIR S.A., quien en cumplimiento de su deber de información y actuando dentro de la buena fe objetiva, presentó a cabalidad el funcionamiento, condiciones y características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el cual existe paralelamente con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ambos ampliamente difundidos desde su entrada en vigencia y a los cuales se le atribuye la carga de informar a sus afiliados todas las carteristas y condiciones propias de su sistema de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993 (normativa que contiene el deber de información oponible a las a AFP al momento en que se materializó el traslado de régimen pensional)”*

Luego es claro de los argumentos de defensa expuesto por PORVENIR, que si estuvo presente ese promotor de la compañía, pero a su juicio éste impartió una información completa, veraz y oportuna.

Por otra parte considera esta Sala de Decisión que independiente de la presencia o no de un asesor, para la calenda en que el actor se traslado de régimen pensional, lo cierto es que para ese preciso momento no se cumplió con el deber de información, inclusive hace mas gravosa la situación que ese promotor de la administradora no se haya presentado en las instalaciones de la empresa, pues a todas luces se puede inferir la ausencia total de una adecuada asesoría.

Aclarando que, del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, tendiente a dar por demostrado ese deber de información por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Por otra parte, esta claramente probado que para el momento del traslado 05 de junio de 2001, el demandante tenía 621.86 semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES (historia laboral allegada por COLPENSIONES folio 50 carpeta 09 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 41 años (nació el 18 de junio 1953, folio 9 archivo 1 del expediente digital), por lo que en principio era beneficiario del régimen de transición, lo que le permitía pensionarse con cualquiera de los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, siempre que los requisitos los cumpla antes de la pérdida de vigencia de dicho beneficio; en cambio en el RAIS tan solo podría conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 05 de junio de 2001, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

Ahora, cabe advertir que el escrito obrante a folio 28 de la carpeta 10, en el que el demandante expone que recibió una asesoría amplia y suficiente por parte de

PORVENIR S.A., no resulta prueba suficiente para dar por demostrado que en la data en que se efectuó el cambio de régimen pensional, el actor hubiese recibido la información pertinente, pues nótese que el mismo carece de fecha, a lo que se agrega que las manifestaciones son muy generales, pues no relaciona en que consistió o comprendió esa información o asesoría.

Señores:
Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Dirección de Afiliaciones y Traslados.
 Bogotá.

Respetados Señores:

Luego de haber recibido la asesoría amplia y suficiente, conozco y entiendo las implicaciones legales que tiene mi decisión de trasladarme al Régimen de Ahorro Individual por medio de la solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Porvenir S.A. que hoy firmo y adjunto a la presente. Así mismo consciente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 soy una persona que se encuentra en régimen de transición y que gozo de un tratamiento especial en el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de vejez respecto de los afiliados que se encuentran íntegramente bajo el esquema de la ley 100 de 1993, les ratifico mi decisión de vincularme al fondo de pensiones Porvenir y pensionarme con las condiciones vigentes para este régimen.

Cordialmente:


 Nombre. Juan Hugo Ortiz
 Identificación cc No. 19242431


 Firma. _____

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

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con

información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

“(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en

el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibídem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, al declararse la ineficacia, la orden de reintegro debe comprender la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, dado que así se dejó estipulado en la sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual se reiteró:

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

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

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Por lo anterior, esta Sala de decisión REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **MILTON HUGO ORTIZ MELGAREJO**, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP PORVENIR S.A.**, el 5 de junio de 2001, en consecuencia se condenará a **PORVENIR S.A.**, a trasladar 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 de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos,

Cabe advertir que, la indexación de las sumas ordenadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, tiene vocación de prosperidad, toda vez que como se ha precisado, la ineficacia indica que el traslado de régimen nunca surtió efectos, empero durante dicho tiempo la AFP, si manejó dichos dineros o recursos, generando beneficios para su patrimonio, por lo que los rubros mencionados no pueden retornar al RPM, en la misma cuantía, ya que además han perdido su valor adquisitivo.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la

desvinculación de la actora de régimen pensional, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta, las de la primera instancia se revocan y se imponen a PORVENIR S.A.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 19 de abril de 2023, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **MILTON HUGO ORTIZ MELGAREJO**, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP PORVENIR S.A.**, el 5 de junio de 2001, en consecuencia condenar a **PORVENIR S.A.**, a trasladar 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 de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, conforme se expuso.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a vincular al demandante **MILTON HUGO ORTIZ MELGAREJO**, en el régimen que administra, así como recibir todos los dineros provenientes del RAIS y actualizar la historia laboral.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta, las de la primera instancia se revocan y se imponen a PORVENIR S.A.

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.

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310503820210042401](#)