



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 23-2021-00074-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de las **AFP DEMANDADAS** y el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 22 de noviembre de 2021 del Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS y subsecuente traslado de AFP, ordenó la devolución del saldo de la CAIP sin descuento alguno, declaró válida la afiliación al RPM, negó las excepciones y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (01:14:09 archivo “AUDIENCIA EXP. 023-2021-00074”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (carpeta “01- DEMANDA Y ANEXOS”).**

JOSÉ VICENTE GARZÓN JIMÉNEZ solicitó declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS y traslado de AFP, ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar el saldo de la CAIP sin descuento, activar la afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al RPM; que el 14 de diciembre de 1995 se trasladó al RAIS con afiliación a **PORVENIR S.A.** y posteriormente se trasladó el 07 de mayo de 2001 mediante afiliación a la AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.**, AFP que

nunca le suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que el 04 de agosto de 2020 solicitó la nulidad de su afiliación a las AFP y el 19 de agosto de 2020 solicitó a **COLPENSIONES** su traslado al RPM, peticiones que fueron rechazadas, además, se efectuó proyección pensional que indica que en el RAIS sería de \$877.803 y en el RPM de \$2.116.083.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos al traslado al RAIS. Indicó no conocer las condiciones del traslado del régimen pensional, por lo cual la **DEMANDANTE** debe acreditar las presuntas falencias alegadas, así mismo, no procede el retorno al RPM por la restricción por edad ni cumple los requisitos exigidos en la sentencia SU-062 de 2010, el afiliado incumplió sus deberes como consumidor financiero, ya puede reclamar la garantía de pensión mínima, a la vez que no es razonable imponer a las AFP requisitos de asesoría no vigentes a la fecha del traslado. Interpuso las excepciones de aplicación por analogía de la sentencia SL373 de 2021, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante **COLPENSIONES** en casos de ineficacia del traslado del régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica (carpeta “07- CONTESTACION COLPENSIONES”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al traslado al RAIS. Indicó que la suscripción del formulario de afiliación fue libre e informado,

porque se realizó una asesoría completa, veraz, efectiva sobre los regímenes pensionales, condiciones de traslado, afiliación y particularidades de su caso y tras conocer toda esa información, decidió permanecer en el RAIS, sin que el afiliado haya sido diligente en informarse de todas las características del RAIS y tampoco se trasladó al RPM, por el contrario, se afilió a otra AFP ratificando su deseo de permanecer al RAIS, por lo cual ahora no puede trasladarse por la restricción de edad, más aún cuando no hay prueba de ninguna de las falencias alegadas en la demanda, siendo que los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015 impusieron tareas no vigentes al momento del traslado. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción (carpeta “05- CONTESTACIÓN PORVENIR”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación a la AFP y que negó su solicitud de nulidad. Indicó que el 07 de mayo de 2001 el **DEMANDANTE** se trasladó voluntariamente a la AFP, luego de una asesoría sobre las consecuencias de permanecer en el RAIS, las modalidades de pensión y una comparación con el RPM, tras lo cual el afiliado suscribió el formulario siendo consciente de las diferencias, sin que cambios normativos que afectan la liquidación de la pensión en el RAIS causen nulidad o sean incumplimiento del deber de información, sumado a la imposibilidad de determinar el monto de la pensión al momento de la afiliación. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional por falta de causa y afectar derechos de terceros de buena fe y la genérica (carpeta “06- CONTESTACIÓN PROTECCIÓN”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:14:09 archivo “AUDIENCIA EXP. 023-2021-00074”).

El 22 de noviembre de 2021, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación o traslado que efectuó el señor demandante JOSÉ VICENTE GARZÓN JIMÉNEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR y como consecuencia de esta ineficacia también corre la misma suerte el traslado efectuado a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, conforme a lo considerado. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR. a devolver todos los valores que hubiere recibido, todos los dineros que hubiere recibido con ocasión de la afiliación del señor demandante, entre el 14 de diciembre de 1995 al 30 de junio de 2001, con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, dineros que se ordena devolver de forma indexada desde la fecha de su causación a la fecha de su pago, reiteramos sentencia SL3871 25 de agosto de 2021 establece las condenas, en ese mismo sentido las está ordenando el Despacho. **PARÁGRAFO:** se autoriza como único descuento a la AFP PORVENIR los dineros transferidos a la AFP PROTECCIÓN, con ocasión al traslado solicitado por el DEMANDANTE. **TERCERO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin descuento alguno, ni por gasto de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, dineros que se ordena devolver de forma indexada desde la fecha de su causación a la fecha de su pago. **CUARTO: DECLARAR** que el demandante JOSÉ VICENTE GARZÓN JIMÉNEZ se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo considerado. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **SEXTO: COSTAS** a cargo de la AFP PORVENIR, en favor del DEMANDANTE. **SÉPTIMO:** Se ordena la consulta de la presente sentencia a favor de COLPENSIONES. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado del RPM al RAIS es ineficaz y demás pretensiones elevadas.

Para resolver indicó que la AFP tiene la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento diligente de los deberes de información y buen consejo, sin embargo, las **AFP DEMANDADAS** no aportan prueba más allá del formulario de afiliación, el cual no es prueba suficiente y pese las contradicciones del dicho del **DEMANDANTE**, no hubo confesión ni relevo a las AFP de acreditar su deber.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que el **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS alegando la crisis del sector público y no por falta de información, que el formulario de afiliación es conforme a derecho y es prueba de que se brindó información veraz, correcta, oportuna y verbal porque para esa data no se exigía documentar la asesoría, por ello tiene plenos efectos, porque el deber de hacer comparaciones surge hasta 2010, además no hubo afectación del consentimiento porque la eventual diferencia del monto pensional no afecta la validez del traslado, sin que el afiliado pueda descargar sus deberes como consumidor en las AFP, más aún cuando las normas de los regímenes son de público conocimiento y el **DEMANDANTE** aceptó conocer que hay 2 regímenes, quien evidenció su voluntad de seguir en el RAIS porque se afilió a otra AFP en vez de retornar al RPM, formulario que no fue tachado y es prueba a pesar de la evasión del afiliado en su interrogatorio y la demanda se presenta por consejo de los abogados y no por un real vicio del consentimiento, además no hay norma que imponga la ineficacia del traslado por el deber de información y la afiliación no es un acto contractual sino una relación administrativa reglamentaria donde no hay acuerdo. Como la AFP actuó de buena fe y de manera objetiva no debe retornar los gastos de administración ni pagar costas, porque esos valores se usaron conforme su destinación específica, ya se trasladó todo el saldo a **PROTECCIÓN** y no hay indexación porque el afiliado nunca manifestó

su deseo de desafiliarse (01:16:30 archivo “*AUDIENCIA EXP. 023-2021-00074*”).

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** solicitó revocar la condena a devolver los gastos de administración, porque la ineficacia de traslado no impone devolver gastos usados en los fines que señala la ley, pudiendo el Juez apartarse del precedente para considerar que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 aplica en ambos regímenes, además se presume un perjuicio económico de **COLPENSIONES** sin ningún medio probatorio, sin prueba de que el bien administrado por la AFP haya sufrido pérdidas para establecer el alcance del artículo 1746 CC, se desconoce que la rentabilidad del aporte en RAIS es mayor que en el RPM y además la CAIP ya se actualiza conforme el IPC y ordenar la indexación es un doble pago, además los gastos prescriben porque no financian la pensión (01:29:30 archivo “*AUDIENCIA EXP. 023-2021-00074*”)

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que pese la inversión de la carga de la prueba, el artículo 167 CGP y su sentencia C-086 de 2016 indican que la inversión no es automática y en el caso concreto el **DEMANDANTE** es contradictorio, porque en la demanda alega falencias en la asesoría de **PROTECCIÓN S.A.** y en interrogatorio indica no recordar que está afiliado a dicha AFP, por tanto, el propio afiliado desvirtuó los hechos que sostienen las pretensiones. De otra parte, se afecta la sostenibilidad financiera del RPM, porque pese la devolución de aportes no resuelve cómo se financiará la pensión del **DEMANDANTE** en un sistema de reparto simple, afectación a futuro que no se considera en los fallos de ineficacia (01:33:34 archivo “*AUDIENCIA EXP. 023-2021-00074*”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo de primera instancia por ser acorde al

precedente jurisprudencial. La apoderada de **PORVENIR S.A.** sustituyó poder al doctor Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con CC 1.018.469.231 y TP 365.094 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo, porque el traslado fue libre e informado, como prueba el formulario de afiliación, malinterpretándose el deber de información para imponer exigencias no vigentes a la fecha del traslado, en todo caso, solicitó revocar la condena a devolver los gastos de administración, porque ya se invirtieron conforme su finalidad legal y las restituciones mutuas no cobijan la sumas usadas para producir los rendimientos y asegurar riesgos. Por su parte, **COLPENSIONES** otorgó poder a World Legal Corporation S.A.S., identificada con NIT 900390380, quien sustituyó poder al doctor Javier Ramiro Castellanos Sanabria, identificado con CC 1.020.714.534 y TP 237.954 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo reiterando los argumentos de su recurso de apelación, adicionando que no están probadas las falencias en la asesoría alegadas. Agotado el término, la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.** y posteriores traslados de AFP, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **JOSÉ VICENTE GARZÓN JIMÉNEZ** nació el 12 de diciembre de 1956 (Pág. 19 archivo “*DEMANDA Y ANEXOS*” carpeta “*01- DEMANDA Y ANEXOS*”); *ii)* el **DEMANDANTE** se afilió a la extinta CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOGOTÁ D.E., desde el 15 de abril de 1979 al 21 de marzo de 1985 y del 07 de mayo de 1991 al 30 de diciembre de 1995 (Pág. 96 a 104 archivo “*DEMANDA Y ANEXOS*” carpeta “*01- DEMANDA Y ANEXOS*”); *ii)* el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 14 de diciembre de 1994, efectivo desde el 14 de diciembre de 1995 (Pág. 47 a 49 archivo “*CONTESTACIÓN PORVENIR*” carpeta “*05- CONTESTACIÓN PORVENIR*”); *iii)* el **DEMANDANTE** se trasladó a la AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** mediante formulario del 07 de mayo de 2001, efectivo desde el 1° de julio de 2001, AFP donde sigue vinculado y acumula 1529,13 semanas a junio de 2021 (Pág. 25 y 26 y 57 archivo “*CONTESTACIÓN JOSE VICENTE GARZON JIMENEZ*” carpeta “*06- CONTESTACIÓN PROTECCIÓN*”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* devolución del saldo de la CAIP sin descuento alguno, declaró válida la afiliación al RPM, negó las excepciones y condenó en costas a **PORVENIR S.A.**

La demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que la causa del traslado al RAIS fue la crisis del sector público y no la falta de información, que el formulario de afiliación es conforme a derecho y es prueba de asesoría, la cual no se documentó porque no era obligatorio, que la eventual diferencia del monto pensional no es vicio del consentimiento, que el

afiliado no puede descargar sus deberes como consumidor financiero en las AFP, que las normas sobre los regímenes son legales y de público conocimiento y el **DEMANDANTE** aceptó conocer que hay 2 regímenes, pese lo cual nunca intentó retornar al RPM y por el contrario se trasladó de AFP, que el afiliado fue evasivo en su interrogatorio y que la demanda se presenta por consejo de abogados, no hay norma que imponga la ineficacia del traslado, el cual no es un acto contractual sino una relación donde no hay acuerdo, que no debe retornar los gastos de administración porque la AFP actuó de buena fe, uso ese valor conforme Ley y ya trasladó todo saldo a **PROTECCIÓN** y no hay mérito para indexar.

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la condena a devolver gastos de administración. Señaló que la ineficacia no implica hacer el retornó d tales gastos, porque el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 aplica en ambos regímenes, se presumió un perjuicio económico de **COLPENSIONES** sin pruebas y el bien administrado por la AFP no sufrió pérdidas y no aplica entonces el artículo 1746 CC, más aún cuando la rentabilidad del RAIS supera la del RPM y la CAIP ya se actualiza conforme el IPC y los gastos prescriben.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Afirmó que la inversión de la carga de la prueba no es automática y el **DEMANDANTE** fue contradictorio, porque en la demanda alegó falencias de la afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** pero en el interrogatorio señaló no recordar nada de ello, de otra parte, el retornó afecta la sostenibilidad financiera del RPM, lo cual no se resuelve con la mera devolución de aportes.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(…)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica,

ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la

ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero señalar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019, SL4025 de 2021, SL1891 de 2022, entre otras, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los

posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE** y su subsecuente traslado de AFP, las **AFP DEMANDADAS** brindaran asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias del traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acredita con la mera firma del formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por tanto, es razonable inferir que las **DEMANDADAS** no demuestran el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

Si bien el **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó no recordar la afiliación a la AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.**, lo cual contradice los hechos de su demanda relativos a falencias de la presunta asesoría dada por dicha AFP, tal contradicción, pese ser reprochable, en todo caso no acredita que las **AFP DEMANDADAS** hayan dado cumplimiento diligente de sus deberes de asesoría, información y buen consejo.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Se aclara que conforme las pruebas documentales allegadas al proceso, el **DEMANDANTE** antes del traslado al RAIS estuvo afiliado a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOGOTÁ D.E., desde el 15 de abril de 1979 al 21 de marzo de 1985 y del 07 de mayo de 1991 al 30 de diciembre de 1995 (Pág. 96 a 104 archivo “*DEMANDA Y ANEXOS*” carpeta “01- *DEMANDA Y ANEXOS*”), entidad creada con el Acuerdo 35 de 1933 del Consejo de Bogotá y que en su momento reconocía las pensiones de jubilación de los servidores públicos del municipio, reorganizada a través del Acuerdo 44 de 1961, Caja que una vez entró a regir el actual Sistema General de Pensiones en el nivel distrital se declaró insolvente a través del Decreto Distrital 349 del 29 de junio de 1995 en cuanto pensiones, conforme el Decreto 1068 de 1995, por lo cual se ordenó su liquidación, la cual se hizo efectiva el 16 de septiembre de 2002 en virtud del Decreto 370 de 2002.

Así las cosas, como se considera que el **DEMANDANTE** nunca se trasladó al RAIS, debía permanecer afiliado a la extinta CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOGOTÁ hasta el 16 de septiembre de 2002, fecha para la cual tenía 45 años y como no había logrado consolidar los requisitos para acceder a la pensión de vejez, debía pasar al extinto ISS hoy **COLPENSIONES**, quien es la entidad encargada por Ley para la administración del RPM conforme el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, siendo por tanto la administradora que debe reactivar la vinculación del afiliado al RPM.

No se accede a las suplicas del recurso de apelación de **COLPENSIONES** de considerar inoponible la ineficacia del traslado, por cuanto al declararse sin efectos jurídicos el mismo, la consecuencia

necesaria es considerar al **DEMANDANTE** como afiliado del RPM, el cual es administrado por dicha Entidad.

Respecto el grado jurisdiccional de consulta, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para todas las **AFP DEMANDADAS** de devolver debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a **COLPENSIONES** activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, reiterando que las **AFP DEMANDADAS** deberán reintegrar al RPM todos los recursos que sirven para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019; SL4062 de 2021;

SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PROTECCIÓN S.A.** con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de

administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por dicha AFP con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

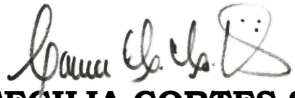
QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 24-2018-00398-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandada **COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL TEQUENDAMA - COOTRANSTEQUEDAMA** contra la sentencia del 30 de abril de 2021 del Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre las partes existieron tres contratos de trabajo, condenó al pago de prestaciones sociales y vacaciones, declaró parcialmente probadas las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDADA** (01:01:01 archivo “24.1Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 17 archivo “003Demanda”).**

LUÍS ALIRIO BAQUERO demandó a **COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL TEQUENDAMA - COOTRANSTEQUEDAMA** y solicitó declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo del 1° de agosto de 1997 al 30 de junio de 2014, en consecuencia, condenar al pago de salarios, horas extras, días dominicales y festivos, aportes, dotaciones, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías,

indemnización por despido y moratoria, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que comenzó a laborar para la **DEMANDADA** el 1° de agosto de 1997, sin firmar contrato de trabajo, con un horario de 6:00am a 9:00 pm con solo una hora de almuerzo, jornada que cumplió domingos y festivos, conduciendo vehículos de transporte de pasajeros afiliados a la **DEMANDADA**, sin disfrutar de vacaciones, además, no le pagaron su remuneración de 1 SMLMV. Afirmó que cada día debía producir una suma determinada de dinero con el bus que manejaba y entregarlo a la **DEMANDADA**, pero adicionalmente debía causar el dinero del combustible, planillas diarias y otros gastos del vehículo, tras lo cual el supuesto dinero que le quedaba era su salario; así mismo, un día a la semana el vehículo tenía restricción y por orden de la empresa debía dedicarse ese tiempo al mantenimiento del automotor, sin recibir ninguna remuneración a cambio, lo cual también ocurría cuando el bus se varaba. Aseguró que desde el año 2000, la empresa no le pagó seguridad social, por lo cual debió sufragar de su propio bolsillo dicho concepto. Señaló que el 30 de junio de 2014, la empresa terminó unilateralmente sin justa causa su contrato. Reclamó el pago de las horas extras, dominicales y festivos, vacaciones y la dotación por toda la relación laboral, así mismo, le adeudan las cesantías desde el 1° de enero de 2000, las cuales nunca fueron consignadas a un fondo de cesantías, así mismo, reclama la prima de servicios desde el 2011. Finalizó indicando que el 25 de abril de 2017 radicó solicitud de pago de sus acreencias laborales en las oficinas de la **DEMANDADA**.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 1 a 10 archivo “009ContestacionDeDemanda”).**

COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL TEQUENDAMA - COOTRANSTEQUEDAMA se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la reclamación de cobro del 25 de abril de 2017. Indicó que el **DEMANDANTE** estuvo vinculado a la Cooperativa del 25 de agosto de 1998 al 28 de mayo de 1999; 13 de julio de 1999 al 30

de agosto de 1999; 1° de septiembre de 1999 al 30 de noviembre de 1999, 1° de diciembre de 1999 al 30 de junio de 2000; 31 de julio de 2000 al 12 de febrero de 2001 y del 17 de marzo de 2001 al 02 de enero de 2002, vinculaciones debidamente soportadas con contratos de trabajo y liquidaciones, ya que la costumbre de la **DEMANDADA** es usar siempre contrato de trabajo por escrito y nunca verbales, relaciones en las cuales la Cooperativa pagó todos los derechos laborales causados. De otra parte, no es cierto que en los demás tiempos alegados existiera algún acuerdo laboral entre las partes, siendo lo más probable que en dichos periodos el **DEMANDANTE** fuera conductor de vehículos afiliados a la Cooperativa, pero bajo la plena dependencia y subordinación de alguno de los asociados, limitándose la Cooperativa a administrar el vehículo y rodamiento conforme la capacidad transportadora asignada por el MINISTERIO DE TRANSPORTE, pero en todo caso no hay ninguna prueba de que haya manejado vehículos administrados por la **DEMANDADA** sin un contrato de trabajo. Interpuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:01:01 archivo “24.1Audiencia”).

El 30 de abril de 2021, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre el señor LUIS ALIRIO BAQUERO GÓMEZ y la demandada COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES COOTRANSTEQUENDAMA existieron tres (03) contratos de trabajo a saber, el primero entre el 25 de agosto de 1998 y el 28 de mayo de 1999; el segundo entre el 13 de julio de 1999 a 31 de enero de 2002 y el tercero entre el 1° mayo de 2007 al 30 junio de 2014, en virtud de los cuales desarrollo el cargo de conductor, devengando como remuneración una suma igual al salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES COOTRANSTEQUENDAMA a reconocer y pagar a favor del señor LUIS ALIRIO BAQUERO GÓMEZ las sumas que por los siguientes conceptos se relacionan así: \$3,762,333 por concepto del auxilio de cesantías causado entre el 1° mayo de 2007 al 30 junio de 2014. \$18,480 por concepto de intereses a las cesantías

*por el tiempo servido en la última relación de trabajo y no prescrito. \$308,000 por concepto de primas de servicios por el tiempo servido en la última relación de trabajo y no prescrito. \$154,000 por concepto de vacaciones por el tiempo servido en la última relación de trabajo y no prescrito, valores estos que deberán pagarse debidamente indexados al demandante. **TERCERO: ABSOLVER** a la demandada COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES COOTRANSTEQUENDAMA de las demás pretensiones de la demanda incoadas en su contra por parte del señor LUIS ALIRIO BAQUERO GÓMEZ de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. CUARTO: DECLARAR parcialmente probados los hechos sustento de las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, conforme a lo expuesto en la parte motiva. **QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES COOTRANSTEQUENDAMA. Líquidense por secretaria incluyendo en ellas la suma de \$500,000 valor en que se estiman las agendas en derecho. (...)”.*

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo por los periodos reclamados y, en caso afirmativo, determinar la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que las pruebas acreditan que entre las partes existieron 06 contratos de trabajo, que fueron suscritos sin solución de continuidad salvo entre el 28 de mayo de 1999 al 13 de julio de 1999, confesando el **DEMANDANTE** que prestó servicios hasta el 31 de enero de 2002, siendo que la posterior vinculación del **DEMANDANTE** a la CTA COOPSERVIR y ASONALTRANSUR una mera formalidad, porque los testigos HENRY EDUARDO VILLOTA LOZA y JAIRO ENRIQUE MENDOZA MELÉNDEZ coinciden en señalar que hubo prestación personal del servicio, sin embargo, el primero indicó que le constó ello de 2011 a 2014 y el segundo en 2013, situación que resuelve la prueba documental que acreditan pagos de recibos presentados a la **DEMANDADA** de mayo de 2007 a junio de 2014, sin que fuera desvirtuada la presunción de contrato de trabajo porque si bien se alegó un vínculo cooperativo, porque a pesar de la sanción procesal al **DEMANDANTE** por no asistir a la audiencia de conciliación y la sanción impuesta por personal de la Cooperativa, lo cierto es que no se allegó ninguna prueba del contrato de servicios entre la **DEMANDADA** y dicha CTA, convenio asociativo del **DEMANDANTE**,

su asistencia a asambleas, participación en utilidades de la CTA, que dicha entidad regulara la forma de prestar el servicio, tareas y horario, capacitación en cooperativismo ni ninguna prueba más allá de que dicha CTA solo sirvió para el pago de aportes con el dinero del **DEMANDANTE**, sin que la **DEMANDADA** tuviera la genuina intención de entregar un proceso a un tercero para su manejo autogestionario sino más bien buscó una intermediación laboral indebida.

Condenó las acreencias por la última relación laboral, ya que no hubo unidad contractual, conforme el precedente de la H. CSJ y declaró prescritas las causadas con anterioridad al 25 de abril de 2014, salvo las cesantías, pero negó las condenas por tiempo suplementario, recargos e indemnización por despido por falta de prueba, así mismo, no condenó al pago de aportes porque ya fueron cancelados y no se solicitó el reembolso, tampoco condenó a las indemnizaciones por falta de consignación de cesantías y moratoria porque la **DEMANDADA** actuó con el íntimo convencimiento de que la relación con el **DEMANDANTE** era de tipo cooperativo, lo cual se desvirtuó solo después de un intenso debate judicial.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La **DEMANDADA** solicitó revocar las condenas, alegando que en la fijación del litigio se excluyó del debate el hecho admitido por la **DEMANDADA** en cuanto la presentación de la solicitud de pago de acreencias laborales, por ello, no se puede considerar dicha situación y en consecuencia no hubo interrupción de la prescripción, siendo la demanda radicada en 2018, por ende, todas las condenas están prescritas (01:03:36 archivo “24.1Audiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDADA** solicitó revocar la sentencia, alegando que no se suscribió contrato de trabajo con el **DEMANDANTE** entre el 03 de enero de 2001 y el 30 de junio de 2014, que se debe considerar la sanción por inasistencia a la

audiencia de conciliación del **DEMANDANTE** y tener por ciertos los hechos de la excepción de inexistencia de la obligación, además, se excluyó del debate probatorio el hecho 38 de la demanda, por lo cual no se puede dar por probada la interrupción de la prescripción. Agotado el término legal, el apoderado del **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si las condenas impuestas en la sentencia de primera instancia están prescritas, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el 25 de abril de 2017, el demandante **LUÍS ALIRIO BAQUERO**, actuando a través de apoderado, radicó solicitud de cobro a la demandada **COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL TEQUENDAMA – COOTRANSTEQUEDAMA**, por la cual reclamó el pago de salarios del 30 de junio de 2011 al 30 de junio de 2014, horas extras, días dominicales, reembolso de aportes a seguridad social desde el 1º de enero de 2000, dotaciones, cesantías, intereses a las cesantías e indemnización por no consignación de cesantías desde el 1º de enero de 2000, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido e indemnización moratoria del artículo 65 CST, circunstancia fáctica que se narró en el hecho 38 de la demanda, el cual fue aceptado como cierto por la demandada (Pág. 7, 30 a 38 archivo “003Demanda”; Pág. 5 archivo “009ContestacionDeDemanda”).

En el presente asunto, la *a quo* declaró que entre las partes existieron tres contratos de trabajo, condenó al pago de prestaciones sociales y vacaciones, declaró parcialmente probadas las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDADA**.

El apoderado de la **DEMANDADA** interpuso recursos de apelación y solicitó revocar las condenas. Alegó que se excluyó el hecho 38 de la demanda del litigio, por ende, no se puede considerar el reclamo de pago ahí descrito y en consecuencia no hubo interrupción de la prescripción, motivo por el cual todas las condenas están prescritas.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, anuncia la Sala que no emitirá pronunciamiento alguno sobre los temas expuestos en las alegaciones de segunda instancia por el apoderado de la **DEMANDADA** y que no fueron oportunamente expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación en la audiencia del 30 de abril de 2021, por cuanto el artículo 66A CPTSS establece que en virtud del principio de consonancia el superior solo tendrá competencia para resolver las materias objeto del recurso de apelación.

Así las cosas, mal haría este Tribunal en resolver argumentos de inconformidad expuestos con posterioridad a la sustentación del recurso, en consecuencia, no será objeto de análisis sus inconformidades relativas a que no se suscribió contrato de trabajo entre el 03 de enero de 2001 y el 30 de junio de 2014 y la sanción por no asistencia a la audiencia de conciliación.

Realizada la anterior advertencia, procede la Sala a resolver el único punto de reproche elevado en el recurso de apelación de la

DEMANDADA, a saber, la imposibilidad de considerar interrumpido el término de prescripción.

De entrada, anuncia la Sala que desestimará el argumento del apoderado de la **DEMANDADA**, relativo a que la aceptación como cierto del hecho 38 de la demanda conllevó a su exclusión del litigio y que por dicha razón no se puede considerar para resolver la excepción de prescripción.

En efecto, la aceptación de un hecho como cierto implica que la circunstancia fáctica en el descrita no será objeto de controversia, por cuanto la parte demandada acepta que la misma ocurrió en los términos y condiciones señaladas en la demanda.

Así las cosas, en el caso bajo estudio, la **DEMANDADA** reconoció expresamente que el 25 de abril de 2017, el **DEMANDANTE** le radicó solicitud de cobro de acreencias laborales, circunstancia fáctica que además de ser aceptada por la entidad demandada también tiene soporte documental, por cuanto se allegó con la demanda la copia de dicho reclamo con el sello de recibido de la **DEMANDADA**, documento que no fue desconocido por **COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL TEQUENDAMA – COOTRANSTEQUENDAMA** sino que por el contrario fue expresamente aceptado en los siguientes términos Pág. 7, 30 a 38 archivo “003Demanda”; Pág. 5 archivo “009ContestacionDeDemanda”:

*“(…) **DEMANDA** (...) **38.** El veinticinco (25) de Abril de dos mil diecisiete (2017), se radicó, en las oficinas de la empresa COOTRANSTEQUENDAMA, ubicadas en la calle 1 No 27ª – 08, de la ciudad de Bogotá, un documento, mediante el cual se le solicita a la demandada, realizar el pago de las acreencias laborales que la empresa COOTRANSTEQUENDAMA le adeuda al señor LUIS ALIRIO BAQUEURO. (...)”*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (...) TRIGESIMO OCTAVA: *Es cierto aparece el recibido de radicado. Sin embargo, esta afirmación solo tiene efectos sobre el fenómeno de la INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCION (...)”*

Conforme los medios de prueba antes analizados, no hay ninguna duda de que la **DEMANDADA** reconoció el reclamo escrito que realizó el trabajador y recibido por el empleador, sobre los derechos laborales debidamente determinados en dicho documento, por tanto, no es posible que el apoderado de dicha parte pretenda alegar con posterioridad que tal hecho, ampliamente aceptado por su poderdante, debe ser excluido de las consideraciones del Juez al proferir la sentencia apelada.

Como quiera entonces que los motivos de inconformidad son infundados, no queda opción distinta que confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que la *a quo*, al momento de determinar los efectos de la prescripción, aplicó de forma correcta la figura de la interrupción, regulada en los artículos 489 CST y el artículo 151 CPTSS, al declarar prescritas las acreencias laborales anteriores al 25 de abril de 2014, salvo las cesantías, decisión que esta Sala comparte. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

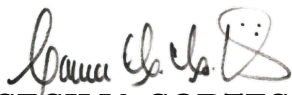
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.
En Uso de Permiso



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 24-2019-00783-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 16 de noviembre de 2021 del Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS y como afiliación válida la efectuada al RPM, ordenó el traslado del saldo de la CAIP sin descuentos por gastos de administración y la corrección de la historia laboral, declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de condena en costas (01:09:14 archivo “22.1Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (archivo “003Demanda”).**

ROLF EUGENIO ABDERHALDEN CORTES solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado del RPM al RAIS, ordenar el traslado de los saldos de su CAIP, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al extinto ISS el 1º de febrero de 1956 (*sic*); que el 1º de marzo de 2002 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, AFP que no le

suministró información clara y completa sobre las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que el 28 de noviembre de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** su retorno al RPM, petición que rechazó la entidad ese mismo día.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que negó la solicitud de retorno al RPM. Indicó que el **DEMANDANTE** esta válidamente afiliado al RAIS, por cuanto suscribió el formulario de afiliación de forma voluntaria y consciente, sin que proceda el retorno al RPM por la restricción por edad, más aún cuando no hay prueba de los hechos de la demanda ni vicio del consentimiento. Interpuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante **COLPENSIONES** en caso de ineficacia del traslado de régimen pensional, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, imposibilidad de condenar al pago de intereses moratorios, improcedencia del traslado del pensionado y la genérica (archivo “010ContestacionDeDemanda”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que efectuó asesoría previa al afiliado sobre las características de los regímenes pensionales, tras lo cual decidió libre e informadamente efectuar el traslado al RAIS, sin que para la fecha fuera exigible documentar la asesoría ya que el deber de buen consejo y de hacer comparaciones y proyecciones nació con los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015,

en todo caso, el **DEMANDANTE** no acreditó ningún vicio del consentimiento ni ningún hecho alegado en la demanda, por lo cual no hay motivo para decretar nulo o ineficaz el traslado. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (archivo “014ContestacionDeDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:09:14 archivo “22.1Audiencia”).

El 16 de noviembre de 2021, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación que hizo el señor ROLF EUGENIO ABDERHALDEN CORTES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos, el señor ROLF EUGENIO ABDERHALDEN CORTES nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo vinculado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor ROLF EUGENIO ABDERHALDEN CORTES, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, es decir, lo que tenga el DEMANDANTE en su cuenta de ahorro individual junto con lo que haya deducido por concepto de gastos de administración, los que debe asumir de su propio patrimonio conforme se señaló en la parte motiva de esta decisión. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir como su afiliado al señor ROLF EUGENIO ABDERHALDEN CORTES actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe trasladar la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la parte pasiva. SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS EN LA INSTANCIA. SÉPTIMO: En el evento que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES no interponga el recurso de apelación contra la presente decisión, de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 69 CPTSS, remítase el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado de régimen pensional es ineficaz y procede el retorno al RPM y demás pretensiones.

Para resolver indicó que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria, pero no hay voluntad sin información y la AFP es responsable de cumplir el deber de información y asesoría de forma suficiente y transparente según las opciones del mercado, deber que debe acreditar la AFP, sin que sea suficiente prueba de ello la firma del formulario de afiliación, porque se debe acreditar que el afiliado tuvo elementos de juicio suficientes para comprender el alcance de su decisión, lo cual no se demostró en el caso bajo estudio, por lo cual declaró ineficaz el traslado y ordenó el retorno a **COLPENSIONES**, por cuanto si bien el **DEMANDANTE** siempre ha prestado su servicio en la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, la cual tuvo su propia Caja de Previsión Social, aquella fue liquidada por la Ley 1371 de 2009 y los afiliados del RPM pasaron a ser administrados por **COLPENSIONES**.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que la AFP actuó de buena fe y por ello el formulario de afiliación no solo cumple los requisitos legales sino prueba el deber de información, el cual no se puede exigir en los términos de la demanda porque tal rigurosidad se impuso con el Decreto 2071 de 2015, además, el **DEMANDANTE** nunca solicitó su retorno al RPM cuando tuvo la posibilidad y ahora lo hace por motivos económicos. Aseguró que prescribió la acción para reclamar la nulidad o ineficacia, además, se ordenó devolver bonos pensionales a **COLPENSIONES** cuando lo correcto es devolverlos a la NACIÓN, tampoco procede la devolución de gastos de administración porque la AFP actuó de buena fe y no debe

sufrir un detrimento patrimonial y su devolución a **COLPENSIONES** es un enriquecimiento sin justa causa, más aún cuando la AFP realizó tan buena gestión que generó rendimientos y si hay restituciones mutuas entonces no debe retornar aquellos, por último solicitó aplicar el principio de *no reformatio in pejus* (01:11:22 archivo “22.1 Audiencia”).

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Señaló que el principio de relatividad jurídica conlleva que a **COLPENSIONES**, quien fue un tercero en el negocio jurídico de afiliación al RAIS que se declaró ineficaz, no le sea oponible las consecuencias jurídicas de dicha decisión, por ello no debe recibir el afiliado al RPM porque ello afecta el principio de sostenibilidad financiera de dicho régimen, sin que las graves consecuencias del incumplimiento del deber de información por la AFP deba ser asumido por **COLPENSIONES**, más aún cuando el afiliado no puede retornar por la restricción por edad. En todo caso, de proceder el traslado, se debe ordenar el reintegro del total de la cotización, rendimientos, gastos de administración, anulación de bonos pensionales y además la AFP debe indemnizar los perjuicios económicos que implica la confirmación del fallo (01:16:01 archivo “22.1 Audiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo de primera instancia, la cual es acorde a derecho y congruente con los elementos de prueba allegados. Por su parte, la demandada **COLPENSIONES** otorgó poder a World Legal Corporation S.A.S., identificada con NIT 900390380, quien sustituyó poder al doctor Iván Darío Cifuentes Martín, identificado con CC 1.023.872.033 y TP 241.846 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, sin perjuicio de las eventuales actuaciones que se adelanten conforme el numeral 20 del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, quien solicitó revocar el fallo, reiterando los

argumentos de su recurso de apelación. Finalmente, la demandada **PORVENIR S.A.**, mediante su apoderado especial Godoy Córdoba Abogados S.A.S., quien actuó a través de la doctora Paula Huertas Borda identificada con CC 1.020.833.703 y TP 369.744 del C.S.J., solicitó revocar la sentencia, alegando que no se configuran presupuestos para declarar ineficaz o nulo el traslado de régimen pensional.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **ROLF EUGENIO ABDERHALDEN CORTES** nació el 1º de febrero de 1956 (Pág. 23 archivo “003Demanda”); **ii)** el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a

PORVENIR S.A. del 24 de enero de 2002, efectivo desde el 1º de marzo de 2002, AFP a donde permanece vinculado (Pág. 25 y 31 archivo “014ContestacionDeDemanda”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS y como afiliación válida la efectuada al RPM, ordenó el traslado del saldo de la CAIP sin descuentos por gastos de administración y la corrección de la historia laboral, declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de condena en costas.

La demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Alegó que la AFP actuó de buena fe, por ello el formulario de afiliación cumple los requisitos legales y es prueba del deber de información y buen consejo, sin que se puedan exigir las pautas del Decreto 2071 de 2015, además, el afiliado nunca retornó al RPM cuando pudo y ahora lo intenta por meros fines económicos, prescribió la acción, no es válido devolver el bono pensional a **COLPENSIONES**, ni los gastos de administración, más aún ante la buena gestión de la AFP que generó rendimientos que no debe devolver en caso de restituciones mutuos, también solicitó aplicar el principio *no reformatio in pejus*.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo, alegando que es un tercero que no participó en el negocio jurídico de afiliación y le es inoponible su ineficacia, además el retorno al RPM porque afecta el principio de sostenibilidad financiera y desconoce la restricción por edad, por lo cual no debe soportar las consecuencias del incumplimiento de los deberes de la AFP y, en todo caso, se debe ordenar el reintegro total de gastos de administración, anulación de bonos pensionales y además la AFP debe indemnizar los perjuicios económicos que se causen.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin*

que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

“(…)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar

ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019, SL4025 de 2021, SL1891 de 2022, entre otras, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad

aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, la **AFP DEMANDADA** haya brindado una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias del traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acredita con la mera firma del formulario de afiliación y demás formatos allegados por la AFP, los cuales no acreditan que **PORVENIR S.A.** haya efectuado una comparación expresa entre los regímenes pensionales e informado los alcances y consecuencias de la decisión de traslado de régimen.

De otra parte, en su interrogatorio, el **DEMANDANTE** no confesó haber recibido una asesoría completa, oportuna y transparente, por parte de la **DEMANDADAS**, sobre los aspectos de cada régimen pensional, ventajas, desventajas y consecuencias de traslado al RAIS, quien por el contrario afirmó ni siquiera conocer que ventajas tenía de permanecer en el RAIS (14:55 archivo “22.1Audiencia”).

Así las cosas, se confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS, lo que conlleva considerar que el **DEMANDANTE** siempre permaneció en el RPM. Si bien

COLPENSIONES, al allegar el expediente administrativo del **DEMANDANTE**, manifestó que este no acredita ninguna vinculación al extinto ISS, lo cierto es que el formulario de afiliación de **PORVENIR S.A.** señala que el traslado del RPM se efectuó desde la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, creada a través del Acuerdo 239 de 1946 del Consejo Directivo de la Universidad Nacional, modificado por el Acuerdo 17 de 1974 del Consejo Superior Universitario, Caja que administró el RPM en virtud de la autorización de los artículos 52 y 128 de la Ley 100 de 1993, la cual fue liquidada por el parágrafo transitorio del artículo 9 de la Ley 1371 de 2009 y materializado con el Acuerdo 009 de 2010 del Consejo Superior Universitario, motivo por el cual como quiera que el **DEMANDANTE** se considera que nunca se trasladó al RAIS, debió necesariamente pasar a ser afiliado de **COLPENSIONES**, quien es la entidad encargada por Ley para la administración del RPM.

De otra parte, no se accede a las suplicas del recurso de apelación de **COLPENSIONES** de considerar inoponible la ineficacia del traslado de régimen pensional, por cuanto al declararse sin efectos jurídicos el mismo, la consecuencia necesaria es considerar al **DEMANDANTE** como afiliado del RPM, el cual es administrado por dicha Entidad.

En atención al grado jurisdiccional de consulta, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver, debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. En tal sentido se modificará el fallo de primera instancia para concretar el alcance de la condena a cargo de la **AFP DEMANDADA**.

También se confirmará la ordena a **COLPENSIONES** reactivar la afiliación del **DEMANDANTE** en el RPM y actualizar su historia laboral, advirtiéndole la Sala que dicha condena no afecta el principio de sostenibilidad fiscal, toda vez que la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes y por ello la **AFP DEMANDADA** debe reintegrar al RPM todos los recursos que sirven para el eventual reconocimiento pensional, indexados.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019; SL4062 de 2021; SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros,

sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral Octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 26 2020 367 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada PROTECCIÓN contra la sentencia proferida el 9 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

RUTH STELLA ALARCON LEÓN, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 8 de enero de 1968; que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES en agosto de 1998 y cotizó a dicha entidad el equivalente a 2.29 semanas; que el 30 de septiembre de 1999, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que tampoco le informaron que podía regresar al RPM en cualquier tiempo antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que el 11 de marzo del 2020 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de la legalidad de los actos administrativos (Pdf. 12).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad de la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de la causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos y el sistema general de pensiones (Pdf. 11).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 9 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante Ruth Stella Alarcón León del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a partir de septiembre de 1999. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabiliza para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **QUINTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la demandada PROTECCIÓN; Fijándose como agencias en derecho la suma de Un Millón de Pesos (\$1.000.000).”

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, que la correcta administración de dichos dineros se refleja en los rendimientos obtenidos durante el tiempo de afiliación y que no es posible disponer su devolución, pues no existe un fundamento jurídico para ordenar la devolución de estos valores.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada COLPENSIONES presentó alegaciones y al efecto solicita que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto no es procedente la ineficacia de traslado solicitada. Por su parte, los apoderados de la parte demandante y de la demandada PROTECCIÓN no presentaron alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con

solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 8 de enero de 1968 (fl. 10, Pdf. 1); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y cotizó a dicha entidad un total de 2.14 semanas (fl. 84 Pdf. 12); **iii)** que el 30 de septiembre de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN (fl. 11, Pdf. 1); **iv)** que el 11 de marzo de 2020, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 23, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema

Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>

<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que

el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta

por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora RUTH STELLA ALARCON LEÓN se trasladó a la AFP PROTECCIÓN el 30 de septiembre de 1999, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (archivo 15, audio min. 8:36), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en la IPS Servimédico en Cali, que era odontóloga y que una asesora de PROTECCIÓN le hizo la afiliación sin tanta explicación, que todo fue muy rápido. Señaló, que lo único que le dijeron es que el Seguro Social iba ser liquidado y podría quedarse sin pensión si no se trasladaba, que además tendría mayores ventajas en el fondo privado, que ante dicha información decidió trasladarse por temor.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por la representante legal de PROTECCIÓN en diligencia de interrogatorio de parte (archivo 15, audio min. 07:03), pues al efecto solo manifestó no haber estado presente en el momento en que realizó la diligencia de traslado de régimen de la demandante.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que

la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinar que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

En Uso de Permiso



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 26-2019-00825-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 24 de noviembre de 2021 del Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, condenó a devolver las CAIP sin descuentos y reactivar la afiliación en el RPM, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las AFP (32:04 archivo “47.2Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág 1 a 32 archivo “003Demanda”).**

NUBIA ELENA PACHECO GÓMEZ solicitó declarar nulo su traslado de RPM al RAIS, devolver el saldo de la CAIP y reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 17 de abril de 1966; que el 27 de abril de 1984 se afilió a la extinta CAJANAL y a partir del 26 de marzo de 1986 al FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL

CONGRESO DE LA REPÚBLICA – FONPRECON; que el 30 de agosto de 1994 se trasladó al RAIS mediante afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** y el 07 de febrero de 2001 se trasladó a la AFP BBVA HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, AFP que nunca le suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que el 02 de noviembre de 2017 solicitó su traslado al RPM, petición que negó **COLPENSIONES**, de otra parte, aseguró que **PORVENIR S.A.** el 21 de marzo de 2018 le indicó que su pensión en el RAIS sería de \$1.706.000, mientras que en el RPM su pensión sería de \$10.098.424.

• CONTESTACIÓN DEMANDA.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado, su afiliación al RPM, traslado al RAIS y de AFP y que negó su retorno al RPM. Indicó que no conoce las condiciones del traslado del RPM al RAIS, sin embargo, tal afiliación fue válida al realizarse conforme la normatividad vigente y no se acreditan las falencias alegadas en la demanda, sin que proceda el retorno al RPM por la restricción por edad, nunca se mostró inconforme por su permanencia en el RAIS y por el contrario efectuó traslados horizontales entre AFP. Interpuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica (archivo “009ContestacionDeDemanda”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE**. Indicó que brindó asesoría completa y oportuna sobre los regímenes pensionales y el alcance y consecuencias del traslado al RAIS, tras lo cual decidió afiliarse en la AFP, de lo cual dejó constancia escrita, sin que para la fecha del traslado fueran obligatorias comparaciones o proyecciones

entre los regímenes, deber que se impuso con los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, demás no hay prueba de los hechos alegados en la demanda, de causal de nulidad y cualquier eventual irregularidad se saneó con la permanencia en el RAIS por años. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación (archivo “027ContestacionDeDemanda”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que fue otra AFP la que realizó el traslado de régimen, no obstante, en 2001 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, luego de una asesoría sobre las implicaciones de dicha decisión, las características del RAIS y sus condiciones particulares y se dejó constancia de ello en el formulario de afiliación, tras lo cual la **DEMANDANTE** nunca se mostró inconforme de pertenecer a la AFP ni solicitó el retorno al RPM y tuvo a su disposición los múltiples canales de información de la AFP, por lo cual no existen las falencias alegadas en la demanda, el traslado cumplió todos los requisitos legales vigentes a la fecha de realización y cualquier falencia se saneó por el tiempo. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo “042ContestacionDeDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (32:04 archivo “47.2Audiencia”).

El 24 de noviembre de 2021, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante NUBIA ELENA PACHECO GÓMEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir de 1994, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA

*COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la DEMANDANTE, junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** al fondo de pensiones PROTECCIÓN a que transfiera a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los gastos de administración descontados de la cuenta de ahorro individual de la DEMANDANTE, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO. CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que acepte dicha transferencia y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la DEMANDANTE, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **SEXTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR y PROTECCIÓN, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar el traslado de régimen fue nulo o ineficaz y la viabilidad de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que el consentimiento informado que garantiza la libertad de la selección de régimen pensional implica que la AFP acredite el cumplimiento del deber de información, asesoría y buen consejo, el cual no se demostró con el solo formulario de afiliación y como la **DEMANDANTE** ya no es funcionaria del CONGRESO DE LA REPUBLICA, su retorno al RPM lo asume **COLPENSIONES**.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar la condena a devolver gastos de administración, porque el fallo indica que la **DEMANDANTE** nunca estuvo en el RAIS pero ordena trasladar rendimientos que solo se generan en el RAIS, por ello eso no es una restitución conforme el artículo 1746 CC ni proceden según el artículo 964 CC porque no se acreditó la mala fe porque solo se aplicó una presunción de hecho, además los gastos son una obligación de tracto sucesivo y no son restituibles, siendo obligada la AFP a retornar valores que no ingresaron a su patrimonio sino que son derechos de

terceros y además son prescriptibles. Frente la condena a costas, por justicia debe ser absuelto porque no participó en el traslado o se debe condenar también a **COLPENSIONES** porque ella perdió en juicio (33:20 archivo “47.2Audiencia”).

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** solicitó revocar la condena a devolver gastos de administración y costas, porque aquellos gastos se efectúan para cumplir un deber legal y tienen destinación específica conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por lo cual no fueron hechos de mala fe ni para enriquecimiento de la AFP, sino por la gestión de los aportes que causó rendimientos (36:31 archivo “47.2Audiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo, pro ser acorde a derecho y al precedente jurisprudencial. El apoderado de **PROTECCIÓN S.A.** solicitó revocar la condena a devolver gastos y pagar costas, alegando que los gastos de administración se efectuaron conforme Ley, se usaron en la destinación específica que dicta la norma y no hacen parte del patrimonio del afiliado y, en caso de aplicar estrictamente las restituciones mutua, entonces debe devolver dichos gastos, pero no los rendimientos, so pena de causar un enriquecimiento sin causa. El apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia, porque no se acreditó causal de nulidad, no aplica la ineficacia conforme el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cualquier irregularidad la saneó el tiempo, no procede la inversión de la carga de la prueba, el afiliado evidenció su voluntad de permanecer en el RAIS y en todo caso no procede la devolución de gastos. La apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 1.037.639.320 y TP 288.820 del C.S.J., quien solicitó revocar el fallo, por falta de prueba de vicio del consentimiento, el afiliado recibió toda la información al momento del traslado, no

procede la inversión de la carga de la prueba, no es viable el retorno al RPM por la restricción por edad y porque se afecta el principio de sostenibilidad fiscal.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** y posterior traslado de AFP, así como la procedencia del reintegro de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *ij* la demandante **NUBIA ELENA PACHECO GÓMEZ** nació el 17 de abril de 1966 (Pág. 33 archivo “003Demanda”); *ii*) la **DEMANDANTE** se afilió al

RPM a través de la extinta CAJANAL del 27 de abril de 1984 al 25 de marzo de 1986 y con el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA – FONPRECON del 26 de marzo de 1986 al 1 de diciembre de 1991 y del 06 de diciembre de 1991 al 19 de julio de 1994 (Pág. 34 a 43 archivo “003Demanda”); **iii)** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** del 30 de agosto de 1994, efectivo desde el 1º de septiembre de 1994 (Pág 13 a 15 archivo “027ContestacionDeDemanda”); **iv)** la **DEMANDANTE** se trasladó a la AFP HORIZONTES hoy **PORVENIR S.A.** mediante formulario del 07 de febrero de 2001, efectivo desde el 1º de abril de 2001, AFP a donde permanece afiliada y donde acumula 1466 semanas cotizadas a enero de 2021 (Pág. 9 a 11 archivo “044ContestacionDeDemanda”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, condenó a devolver las CAIP sin descuentos y reactivar la afiliación en el RPM, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las AFP.

La demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la condena a devolver gastos de administración. Alegó que el fallo es contradictorio al indicar que la afiliada nunca estuvo en el RAIS y al tiempo ordenar devolver los rendimientos que se causan en el RAIS, lo cual no es una restitución mutua conforme el artículo 1746 CC ni se deben devolver frutos por no haber mala fe en virtud del artículo 964 CC, siendo los gastos una obligación de tracto sucesivo no restituible, no ingresaron al patrimonio de la AFP y prescriben, tampoco procede la condena a costas por justicia.

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la condena a devolver gastos y pagar costas. Indicó que los gastos se hicieron para cumplir un deber legal y se gastaron según su destinación específica, por tanto no fueron cobrados

de mala fe ni para enriquecimiento de la AFP, sino como contraprestación de la gestión que permitió los rendimientos.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

“(…)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que el apoderado de **PORVENIR S.A.**, en sus alegatos de segunda instancia, solicitó revocar la sentencia, argumento que no será considerado por la Sala porque el principio de consonancia, consagrado en el artículo 66A CPTSS, limita la competencia del superior a las materias objeto del recurso de apelación, por lo cual no es válido incluir con posterioridad temas no formulados en la sustentación de dicho recurso.

Realizada la anterior advertencia, sea lo primero señalar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por

medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019, SL4025 de 2021, SL1891 de 2022, entre otras, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE** y su posterior traslado de AFP, las **AFP DEMANDADAS** brindaran asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias del traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acredita con la mera firma del formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por tanto, es razonable inferir que las **DEMANDADAS** no demuestran el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** no confesó ningún hecho en su interrogatorio, porque se limitó a indicar que los asesores de las AFP solo indicaron que era un riesgo permanecer en el régimen público de pensiones por sus problemas financieros, por tanto, no hubo confesión que permita concluir que las **AFP DEMANDADAS** cumplieron diligentemente su deber de asesoría, información y buen consejo.

Tampoco se observa que la **DEMANDANTE** haya ratificado su voluntad de permanecer en el RAIS con actos de relacionamiento, por cuanto la H. CSJ ha señalado que dicha teoría no aplica en casos de ineficacia del traslado, dado que el traslado de AFP, no ejercicio de derecho de retracto, traslado de AFP y no retorno al RPM antes de la restricción por edad denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y del riesgo financiero que asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Si bien la **DEMANDANTE** no acreditó su afiliación al RPM a través del extinto ISS, por cuanto sus formatos de información laboral acreditan que estuvo afiliada primero con la extinta CAJANAL y luego

con FONPRECON, en su interrogatorio manifestó que actualmente no labora en el CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, hecho que se acredita con su historia laboral en donde sus aportes desde noviembre de 2018 son efectuados por ella misma, por tanto, no se cumplen las condiciones señaladas en el artículo 130 de la Ley 100 de 1993 para ordenar su retorno a FONPRECON, razón por la cual el retorno al RPM debe ser asumido por **COLPENSIONES**, entidad administradora del RPM por regla general conforme el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 (Pág. 34 a 43 archivo “003Demanda”; Pág. 45 a 57 archivo “044ContestacionDeDemanda”).

Respecto el grado jurisdiccional de consulta y como quiera que fue objeto de los recursos de apelación, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. En tal sentido se modificará el fallo de primera instancia para precisar la obligación a cargo de las AFP.

También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a **COLPENSIONES** activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, reiterando que las **AFP DEMANDADAS** deberán reintegrar al RPM todos los recursos que sirven para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464

de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019; SL4062 de 2021; SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Finalmente, en cuanto la condena a costas de primera instancia apelada por las **AFP DEMANDADAS**, la Sala advierte que la misma se impuso en razón a que dichas AFP no acreditaron el cumplimiento diligente de su deber de información, asesoría y buen consejo, ya sea al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad, lo que conllevó a fulminar condena en su contra, por lo cual se ratifica la misma, sin que sea procedente extender dicha condena a **COLPENSIONES**, cuya conducta ni favoreció ni evitó el incumplimiento de las AFP.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado a dicha Sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por dicha AFP con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral séptimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 26-2020-00078-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandada **PORVENIR S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 10 de febrero de 2022 del Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional, condenó trasladar los aportes juntos con rendimientos sin descuento de sumas de administración, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (52:03 archivo “004.2020-078-Grabación de la reunión”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 19 archivo “001. EXPEDIENTE ELECTÓNICO 2020-078”).**

OLGA CRISTINA TARAZONA SÁNCHEZ solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS, condenar a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todo lo ahorrado por la afiliada, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 20 de mayo de 1966, se afilió al ISS en abril de 1988 cotizando 515,57 semanas, que el 23 de mayo de 1996 se trasladó a **PORVENIR S.A.**, AFP donde cotizó

603,43 semanas y el 30 de julio de 2010 se trasladó a **COLFONDOS S.A.**, sin que la letra de dicho formulario corresponda a la suya, además, las AFP nunca le suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales, cotizando 1362,14 semanas a la fecha de radicación de la demanda, siendo por tanto su afiliación al RAIS nula o ineficaz por vicios del consentimiento y causar un perjuicio irremediable al privarla de una mesada que le permita su vida digna. Aseguró que el 24 de abril de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** su traslado al RPM, solicitud que se le negó el 29 de abril de 2019. De otra parte, aseguró que el 08 de mayo de 2013 solicitó su traslado al RPM, el cual negó **COLPENSIONES** alegando inconsistencias en su afiliación, ante lo cual la jefa de personal de la empresa HORTIFRESCO solicitó a la Entidad informar la causa por la cual se rechazó el traslado, petición que nunca fue contestada.

• CONTESTACIÓN DEMANDA.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones en su contra. No aceptó ningún hecho. Indicó que brindó asesoría integral, suficiente y oportuna sobre las características de los regímenes pensionales y las implicaciones de permanecer en el RAIS, tras lo cual la **DEMANDANTE** tomó la decisión libre e informada de afiliarse a la AFP, sin que la afiliada manifestara su intención de retornar al RPM, sin que exista causal de nulidad, ni fraude de la AFP, quien cumplió todos los requisitos para que la afiliación sea eficaz y en todo caso no procede la devolución de los gastos de administración, porque aquellos fueron cobrados conforme derecho. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de prueba de causal de nulidad, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de la presunta nulidad y la genérica (Pág. 187 a 205 archivo “001. EXPEDIENTE ELECTÓNICO 2020-078”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las

pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que el traslado del RPM al RAIS que en 1996 efectuó la **DEMANDANTE** es válido al ser fruto de una decisión libre e informada, precedido por una asesoría clara y entendible de las características de los regímenes pensionales, que permitió a la afiliada conocer el alcance de su decisión, tal y como lo manifestó por escrito en su formulario de afiliación, documento que se presume autentico, sin que exista vicio del consentimiento y cualquier presunta nulidad se saneó por el tiempo de permanencia en el RAIS y no usar el derecho de retracto, sin que sea procedente el traslado al RPM debido a la restricción por edad. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 227 a 268 archivo “001. EXPEDIENTE ELECTÓNICO 2020-078”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE**, afiliación al extinto ISS y traslado de régimen al RAIS. Indicó que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la afiliada efectuó el traslado del RPM al RAIS, sin embargo, las afiliaciones efectuadas a las AFP se presumen validas en ejercicio del derecho de libre selección de régimen pensional, al reunir los requisitos normativos exigidos y vigentes a la fecha de dichos traslados conforme el Decreto 663 de 1993, 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al punto que existe una afirmación escrita de pleno consentimiento plasmada en los formularios de afiliación, sin que exista ninguna prueba por parte de la **DEMANDANTE** de causal de nulidad o ineficacia de dicha afiliación. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (Pág. 321 a 332 archivo “001. EXPEDIENTE ELECTÓNICO 2020-078”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (52:03 archivo “004.2020-078-Grabación de la reunión”).

El 10 de febrero de 2022, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por la demandante señora OLGA CRISTINA TARAZONA SÁNCHEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** al fondo de pensiones COLFONDOS a que remita a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la señora OLGA CRISTINA TARAZONA SÁNCHEZ, junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** al fondo de pensiones PORVENIR a que transfiera a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los dineros descontados por concepto de gastos de administración de la cuenta de ahorro individual de la DEMANDANTE, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la DEMANDANTE, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **SEXTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR, PROTECCIÓN (Sic) y COLFONDOS; a razón de un 33,33% a cargo de cada una, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL DE PESOS (\$1.500.000). (…)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si es nulo o ineficaz el traslado de régimen pensional de la **DEMANDANTE** y si hay lugar a las demás pretensiones.

Para resolver indicó que **PORVENIR S.A.** no acreditó que al momento del traslado del RPM al RAIS brindó una información completa sobre las características del RAIS, lo cual impidió una decisión libre e informada, a la vez que **COLPENSIONES** no tramitó la solicitud de traslado al RPM que efectuó la afiliada antes de ser cobijada por la restricción por edad, por ende, declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS y condenó en costas a las tres **DEMANDADAS**, ordenando a las AFP la devolución de todos los saldos y rendimientos causados con la afiliación, sin lugar a descuento alguno por gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que la **DEMANDANTE** en su interrogatorio demuestra conocimiento sobre las características del RAIS, porque señaló que sabía que pasaba con las semanas cotizadas al ISS, que había rendimientos, que sus beneficiarios podía heredar sus aportes, que había una pensión anticipada y que tenía una CAIP, lo cual acredita que la AFP si efectuó asesoría previa a pesar de que aquella no quedó documentada más allá del formulario de afiliación, además, la **DEMANDANTE** ejerció varios actos de relacionamiento que acreditan su voluntad de permanecer en el RAIS, como lo fue el traslado a otra AFP. De forma subsidiaria alegó que no procede la devolución de las comisiones por administración, porque son un concepto que la Ley autoriza descontar ante la buena gestión de la AFP que permitió rendimientos, además su devolución a **COLPENSIONES** es un enriquecimiento sin justa causa porque en el RPM también se hacen dichos descuentos, sumas que no financian la pensión de vejez y por ello son prescriptibles, además, se aplican de forma parcializada las restituciones mutuas en contra de la AFP, porque si no hubo contrato de afiliación no debe devolver los rendimientos, sin embargo, se impone tal condena junto con el retorno de las comisiones mientras que a la **DEMANDANTE** no se le impone ninguna restitución mutua (53:38 archivo “004.2020-078-Grabación de la reunión”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado principal de la demandada **PROVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, porque no se probó causal de nulidad, se aplicó indebidamente la figura de la ineficacia, no se valoró que el formulario de afiliación es un documento público, ni que hubo saneamiento de cualquier nulidad, que se hizo una inversión de la carga de la prueba en contra de la Ley, que la conducta del afiliado demostró su voluntad de permanecer en el RAIS,

que se impuso una carga probatoria a la AFP pese que la norma vigente al momento del traslado no tenía el deber de documentar la asesoría, además, de confirmarse la condena, el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 impone el deber de retornar solo los rendimientos, sin que proceda la devolución de otras sumas que no financian la pensión de vejez, porque ello es un enriquecimiento sin justa causa y además son conceptos que no son propiedad del afiliado, los cuales además son prescriptibles. Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo, porque hay pruebas suficientes de que el traslado de régimen fue una decisión libre y voluntaria, no se acreditó vicio del consentimiento, no se puede imponer a las AFP probar la asesoría más allá de los requisitos vigentes para el momento del traslado, no aplica la carga dinámica de la prueba y confirmar el fallo afecta el principio de sostenibilidad financiera y no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para que procede el traslado a la RPM.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.** y posteriores traslados de AFP, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **OLGA CRISTINA TARAZONA SÁNCHEZ** nació el 20 de mayo de 1966 (Pág. 22 archivo “001. EXPEDIENTE ELECTÓNICO 2020-078”); *ii)* la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS el 12 de abril de 1988, cotizando 594,57 semanas (carpeta “002.EXP ADMINISTRATIVO”); *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** el 23 de mayo de 1996, efectivo desde el 1° de julio de 1996 (Pág. 278 a 280 archivo “001. EXPEDIENTE ELECTÓNICO 2020-078”); *iv)* la **DEMANDANTE** se trasladó a **COLFONDOS S.A.** mediante formulario del 25 de mayo de 2010, AFP a donde permanece vinculada (Pág. 31 archivo “001. EXPEDIENTE ELECTÓNICO 2020-078”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado de régimen pensional, condenó trasladar los aportes juntos con rendimientos sin descuento de sumas de administración, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las **DEMANDADAS**.

El apoderado de la demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación. Solicitó revocar el fallo porque la **DEMANDANTE** en su interrogatorio demostró conocer aspectos del RAIS, lo que acredita la asesoría previa de la AFP a pesar de que no hay documentos más allá del formulario de afiliación, además hubo varios actos de relacionamiento que acreditan la voluntad del afiliado de permanecer en el RAIS. De forma subsidiaria solicitó revocar la condena a la devolución de las comisiones por administración, porque la Ley autoriza su cobro ante la buena gestión de la AFP, su devolución es un

enriquecimiento sin justa causa, son sumas prescriptibles y se aplicó de forma parcializada las restituciones mutuas en perjuicio de la AFP.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

“(…)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero indicar que el apoderado de **PORVENIR S.A.** presentó en sus alegatos de segunda instancia motivos de inconformidad no expuestos al sustentar su recurso de apelación, respecto los cuales la Sala no hará ningún pronunciamiento ya que el principio de consonancia, consagrado en el artículo 69A CPTSS, limita la competencia del Juez de segunda instancia a las materias objeto del recurso de apelación. Lo anterior sin perjuicio del estudio completo que deba realizar esta Corporación para resolver el grado jurisdiccional de consulta.

Efectuada la anterior advertencia, advierte la Sala que entre las partes no hay controversia de que la demandante **OLGA CRISTINA TARAZONA SÁNCHEZ** se trasladó del RPM al RAIS mediante su afiliación a **PORVENIR S.A.** el 23 de mayo de 1996, traslado cuya validez está en discusión por cuanto la **DEMANDANTE** alegó que no fue precedido de la suficiente asesoría y buen consejo por parte del asesor comercial de dicha AFP.

La jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del

RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019, SL4025 de 2021, SL1891 de 2022, entre otras, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores

en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE** y el subsecuente traslado de AFP, las sociedades administradoras de fondos de pensiones **DEMANDADAS** hayan brindado una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias del traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acredita con la mera firma del formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por tanto, es razonable inferir las **DEMANDADAS** no demostraron el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

Si bien la **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó conocer algunas características del RAIS, como que los aportes generan rendimientos, que tiene una CAIP a su nombre y que podía acceder a una pensión anticipada, no se puede pasar por alto el notorio desconocimiento de aspectos trascendentales de dicho régimen, como la posibilidad de que sus ahorros generen pérdidas, la falta de diferenciación entre la pensión de sobrevivientes y la posibilidad de que sus aportes entre a su masa sucesoria, el no conocer que su pensión depende de su saldo ahorrado y el completo desconocimiento a la fecha del traslado de las condiciones del RPM para alcanzar la pensión de vejez, lo cual demuestra no solo que no fue asesorada sobre las condiciones del RAIS sino también la falta de comparación entre ambos regímenes pensionales, falencia que no fue subsanada por las **AFP DEMANDADAS**.

De otra parte, la **DEMANDANTE** allegó prueba contundente de que antes de ser cobijada con la restricción de traslado por edad, solicitó a **COLPENSIONES** su retorno al RPM, petición que dicha Entidad omitió

resolver a pesar de la insistencia de la **DEMANDANTE**, por tanto, no existe mérito alguno para echar en cara del afiliado su presunta voluntad tacita de permanecer en el RAIS, porque en su debida oportunidad el afiliado solicitó expresamente su retorno al RAIS y **COLPENSIONES** no hizo nada para resolver dicha petición.

De otra parte, a pesar de que la **DEMANDANTE** se afilió posteriormente a **COLFONDOS S.A.**, dicha AFP no acreditó ningún tipo de asesoría a la afiliada dirigida a clarificar las condiciones de los regímenes pensionales y las implicaciones de permanecer en el RAIS.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos del recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y confirmará el fallo de primera instancia.

Ahora bien, respecto el grado jurisdiccional de consulta, no puede pasar por alto la Sala que la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para todas las **AFP DEMANDADAS** de devolver debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a **COLPENSIONES** activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral, advirtiendo esta Corporación que dicha condena no afecta el principio de sostenibilidad fiscal, toda vez que la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, por lo cual las **AFP DEMANDADAS** deberán reintegrar al RPM todos los recursos que sirven para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018;

SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras. En tal sentido se modificará el fallo de primera instancia para clarificar la condena a cargo de las **AFP DEMANDADAS**.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019; SL4062 de 2021; SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE**

estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **COLFONDOS S.A.** con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por dicha AFP con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral séptimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.
En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 28 2019 00013 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia dictada el 11 de junio de 2021 por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se condenó a la demandada al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARIA ADELA RINCON ORTIZ, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 22 de septiembre de 2011, junto con el retroactivo pensional causado, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en que mediante dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Quindío el 20 de octubre de 2011, se definió que tiene una pérdida de capacidad laboral

del 52.47%, la cual es de origen de común y se estructuró el 22 de septiembre de 2011. Señaló que cotizó un total de 954 semanas al sistema general de pensiones, de las cuales 154, fueron cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. ni se opuso ni se allanó a las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con las cotizaciones realizadas y frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de falta de agotamiento de la reclamación administrativa ante PROTECCIÓN, falta de legitimación en causa por pasiva, buena fe, improcedencia de la condena a intereses moratorios por no presentarse previamente reclamación al fondo de pensiones, imposibilidad de dar el debido proceso por la ausencia de la solicitud de pensión de invalidez y prescripción (fls. 43 a 48).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá al que le correspondió tramitar la primera instancia mediante sentencia del 11 de junio de 2021, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora María Adela Rincón Ortiz identificada con CC. N° 36.176.318 tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 19 de diciembre del año 2015, por una mesada pensional equivalente al salario mínimo legal vigente para cada anualidad, a cargo de la demandada PROTECCIÓN.
SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a reconocer en favor de la señora MARIA ADELA RINCON ORTIZ la pensión de invalidez a partir del 19 de diciembre del año 2015, con una mesada pensional en cuantía del salario mínimo mensual legal vigente, debiendo pagar el retroactivo

*correspondiente desde dicha data y hasta el momento en que sea incluido en la nómina de pensionados en debida forma. **TERCERO: AUTORIZAR** a la demandada para que descuente del retroactivo al que tiene derecho la aquí demandante el porcentaje que en derecho corresponde a los aportes pertinentes y con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud. **CUARTO: DECLARAR** probada de manera parcial la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo, conforme a las mesadas funcionales anteriores al 19 de diciembre de 2015 y declarar no probados los demás medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo. **QUINTO: ABSOLVER** a PROTECCIÓN S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra dentro del libelo genitor. **SEXTO: SIN COSTAS** en esta instancia”*

La Juez definió el problema jurídico en establecer si la demandante tiene derecho a la pensión de invalidez que reclama. Para resolverlo indicó que las pruebas del expediente acreditan que la demandante tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, la cual se estructuró el 22 de septiembre de 2011; que además se encuentra acreditado que la demandante cotizó más de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y por ello tiene derecho a la pensión. Definió que es procedente el pago de la prestación a partir del 19 de diciembre de 2015, pues las mesadas anteriores fueron afectadas por la prescripción.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Solicita que se revoque la sentencia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que la juez realizó una valoración indebida del material probatorio aportado, en cuanto otorga validez a un dictamen que la entidad afirmó desconocer desde la contestación a la demanda y que además se encuentra incompleto, que tampoco tuvo en cuenta que al oficiarse a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Quindío para que allegara el dictamen original, respondió que verificados sus archivos dicho documento no había sido encontrado, razón que a su juicio, es

suficiente para concluir que no existe dentro del expediente un dictamen válido que acredite el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la demandante y por ello no hay lugar al reconocimiento de la pensión.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante pide que se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto se acreditó el derecho de la demandante a la pensión de invalidez que reclama.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si se encuentra debidamente acreditado los requisitos para la causación del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que reclama la demandante.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 28 de noviembre de 1964 (fl. 10); **ii)** que la actora se encuentra afiliada a PROTECCIÓN y ha realizado cotizaciones a dicha entidad por un total de 998.57 semanas (fls. 52 a 56); **iii)** que el 28 de abril de 2016, la demandante solicitó a

la demandada el reconocimiento de la pensión de invalidez (fls. 12 y 13).

- Pensión de Invalidez

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, se advierte que el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones establecidas por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, define que tienen derecho a la pensión de invalidez los afiliados al Sistema de Pensiones que sean declarados inválidos, y que cuando la Invalidez sea causada por enfermedad hayan *“cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”*.

Al efecto, conviene precisar que el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, define como inválida a aquella persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido 50% o más de su capacidad laboral. Sobre el particular, es pertinente indicar que el proceso de calificación integral de la pérdida de capacidad laboral es un trámite debidamente regulado, por cuanto la legislación de la seguridad social estableció las etapas, términos y personas facultadas para desarrollar los mismos, concretando dicho trámite en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

Teniendo en cuenta lo anterior y en consonancia con la controversia que plantea la demandada en el recurso, la Sala previamente se ocupará de definir si la demandante MARIA ADELA RINCON ORTIZ, acreditó dentro del expediente tener la condición de invalidez.

Una vez revisado el expediente, se advierte que la única prueba aportada al respecto es el documento denominado *“formulario de dictamen para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez”*, expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Quindío, el 20 de octubre de 2011 (fls. 20 a 22). Del contenido de dicho documento se deduce que si bien, la

referida Junta realizó la calificación de la actora por solicitud particular, es decir no fue remitida por entidad de seguridad social alguna, y allí definió que la demandante tiene un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 52.47%, estructurada el 22 de septiembre de 2011, a juicio de la Sala, tal documento no es prueba suficiente del estado de invalidez de la demandante.

Al efecto, resulta pertinente indicar, en primera medida, que a tal documento debía darse el trato de una prueba pericial, en cuanto contiene o constituye un concepto técnico científico sobre el estado de salud de la demandante, que no era conocido por la entidad demandada (no hay prueba de que se haya puesto en conocimiento de PROTECCION con anterioridad al proceso), y porque no se realizó en virtud del trámite de calificación regulado en las normas que rigen el Sistema de Seguridad Social.

Aunque no se siguió dicho trámite frente a esta prueba, ello no obsta para que la juez valorara de forma conjunta la totalidad de las pruebas aportadas al expediente, tendientes a obtener certeza sobre el estado de invalidez de la demandante. Al efecto, no podía pasarse por alto que el documento referido se encuentra incompleto (fls. 20 a 22), que al requerirse a la parte demandante, por solicitud que hiciera al juzgado la parte demandada, para que aportara el dictamen completo, ésta manifestó no tenerlo. Tampoco podía omitirse o dejar de valorarse la respuesta emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Quindío, quien al solicitársele copia del dictamen, manifestó que tal documento no había sido encontrado en sus bases de datos, ni en los archivos físicos y que no podía realizarse una reconstrucción del mismo, porque a nadie se le notificó el dictamen y solo existe el documento incompleto que tiene la demandante (fls. 86 y 87).

A juicio de la Sala, a este solo documento incompleto, del cual se desconoce la totalidad de su contenido, por imposibilidad de obtenerlo completo, no podía otorgársele pleno valor probatorio, para

concluir con certeza que la demandante acreditó la condición de invalida, pues no puede constituir prueba un documento incompleto, que además la entidad que lo elaboró informa, no se encuentra en su archivo físico o en sus bases de datos.

Además de lo anterior, y aun cuando se aportó la historia clínica de la demandante (Cd. 2), lo único que puede deducir la Sala de ello, es que MARIA ADELA RINCON ORTIZ padece de síndrome de manguito rotador, bursitis del hombro, epicondilitis media y túnel carpo, patologías respecto de las cuales la Sala no puede emitir un concepto técnico para establecer la existencia de un estado de invalidez, ni cuenta con otra prueba técnica que permita deducir lo pertinente. Aunado a ello, pese a que el dictamen incompleto que se aportó establece como fecha de estructuración de la invalidez el 22 de septiembre de 2011 (fl. 22), lo cierto es que, del reporte de semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones, se deduce que la demandante, mantenía un vínculo laboral, por lo menos hasta julio de 2019, y durante este lapso (2011 a 2019), en algunas ocasiones, le fueron otorgadas incapacidades médicas y se le hicieron recomendaciones médico laborales, pero a la postre, ninguno de estos documentos resuelta útil para definir con claridad y sin duda, que la demandante ostenta la calidad de inválida.

Así las cosas, y dado que las pruebas aportadas al expediente no ofrecen total convencimiento del estado de invalidez de la demandante, debe la Sala revocar la sentencia de primera instancia, que entendió probado este requisito, otorgando total validez probatoria al dictamen que se aportó de forma incompleta, para en su lugar absolver a la demandada del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que aquí se solicita, advirtiendo que esta decisión no hace tránsito a cosa juzgada, respecto de solicitudes de reconocimiento de pensión de invalidez que la demandante presente con posterioridad o respecto del trámite de calificación o calificaciones de pérdida de capacidad laboral

a las que sea sometida para efectos de obtener el reconocimiento de esta prestación.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

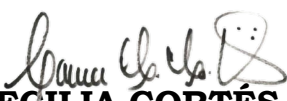
PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

Radicado N° 28 2019 00035 02

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 2 de julio de 2021, por el Juzgado Veintiocho (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a la demandada al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, sanción por consignación de cesantías e indemnización moratoria.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

BLANCA CECILIA GRACIA presentó demanda ordinaria laboral en contra de **IATAI ANDINA S.A.S.**, con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 3 de diciembre de 2015 y el 4 de diciembre de 2017, el cual terminó por renuncia voluntaria. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a pagar el

auxilio de cesantías y los intereses a las cesantías correspondientes al año 2016, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, indemnización moratoria, y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el 3 de diciembre de 2015; que desempeñaba el cargo de Assistant General Services y devengaba la suma mensual de \$802.500; que el 4 de diciembre de 2017 presentó renuncia; que la demandada no cumplió la obligación de consignar en el fondo al cual se encuentra afiliada, las cesantías correspondientes al año 2016; que mediante comunicación del 28 de mayo de 2018 solicito el pago de la prestación adeudada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

IATAI ANDINA S.A.S. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la existencia de la relación laboral y la forma de terminación de la misma, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de pago e inexistencia de mala fe (fls. 60 a 65).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 2 de julio de 2021, condenó a la demandada a pagar las cesantías, intereses a las cesantías, sanción por consignación de cesantías e indemnización moratoria.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: **“PRIMERO: CONDENAR** a la demandada IATAI ANDINA S.A.S. a pagare a la señora BLANCA CECILIA GARCIA las siguientes

sumas de dinero y por los siguientes conceptos: a) \$802.500 por concepto de auxilio de cesantía correspondiente al año 2016; b) \$96.300 por concepto de intereses sobre las cesantías del año 2016; c) \$7.730.750 por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías del año 2016; d) \$19.260.000 por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST y a partir del día 5 de diciembre de 2019, hasta la fecha del pago efectivo deberán liquidarse y pagarse los intereses moratorios sobre el valor adeudado por cesantías del año 2016, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demanda de las demás pretensiones incoadas en su contra dentro del libelo genitor. **TERCERO: DECLARAR PROBADA** la excepción denominada improcedencia de suministro de calzado y vestido de labor y no probados los demás medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo. **CUARTO: COSTAS** de esta instancia estarán a cargo de la demanda vencida en juicio. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a cargo de ésta y a favor de la demandante.”

La Juez definió el problema jurídico en determinar si la demandada acreditó el pago de las cesantías correspondientes al año 2016. Para resolverlo indicó que la demandada no aportó prueba alguna que acredite haber realizado la consignación correspondiente a las cesantías del año 2016 y por ello condenó al pago de las mismas, junto con la sanción por no consignación de cesantías y la indemnización moratoria, pues tampoco acreditó razones justificativas de su omisión en el pago de dicha prestación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto impone condena al pago de la sanción por no consignación de cesantías y la indemnización moratoria. Para sustentar el recurso aduce que la sociedad demandada nunca ha tenido la

intención de defraudar los intereses de la demandante y que la omisión en pago se justifica en la difícil situación económica que atravesaba la empresa y que le impedía realizar sus pagos a tiempo, que nunca existió mala fe, presupuesto necesario para la procedencia de este tipo de sanciones.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la sociedad demandada presentó alegaciones y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso. Por su parte el apoderado de la parte demandante no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si es procedente la condena al pago de la sanción por no consignación de las cesantías y la indemnización moratoria.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: *i)* entre la demandante y la sociedad demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 3 de diciembre de 2015 hasta el 4 de diciembre de 2017, el cual finalizó por renuncia voluntaria de la demandante (hecho aceptado por la demandada

desde la contestación a la demanda, fl.60); **ii)** que la demandante ocupaba el cargo de Assistant General Services y devengaba la suma mensual de \$802.500 (hecho aceptado por la demandada en la contestación de la demanda).

- **Sobre la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de cesantías a un fondo.**

Para resolver lo pertinente, el artículo 65 del CST establece que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores la totalidad de salarios y prestaciones sociales cuando termine el contrato de trabajo, y en caso de incumplimiento, debe pagar un salario diario por cada día de mora. Por otra parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece a cargo del empleador el pago de la indemnización por no consignación de cesantías a un fondo, cuando no cumple dicha obligación dentro del término legal.

Al efecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de esta disposición, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL2885 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, SL1702 de 2020, SL5086 de 2020, entre otras. También ha dicho la Corte que en aquellos casos en que la sociedad demandada entra en proceso de liquidación, el pago de esta indemnización corre únicamente hasta la fecha en que inicia el proceso de liquidación obligatoria, pues a partir de este momento no se puede deducir mala fe en cuanto la razón de la omisión no es la intención de desconocer o defraudar los intereses de los trabajadores. (Sentencia SL2833-2017, SL1186-2019).

Así las cosas y una vez revisado el expediente, advierte la Sala que si bien la apoderada de la demandada aduce en el recurso, que la sociedad no ha actuado de mala fe y que la omisión en el pago se justifica en la falta de liquidez y difícil situación económica por la que atraviesa, lo cierto es que al expediente no se aportó prueba alguna que acredite tal situación. Ninguna de las pruebas aportadas por la demandada dan cuenta de la existencia de un proceso de liquidación o estado de liquidación o insolvencia de la sociedad o si quiera que ésta atraviesa una situación económica difícil, como se afirma, razón por la cual no puede entenderse por acreditado que la omisión en el pago se justificara en tal hecho y eximir del pago de esta sanción a la demandada, pues dentro del expediente no existen razones que justifiquen su actuar y pueda concluirse de ello la existencia de buena fe por parte de la sociedad.

Precisa la Sala sobre la razón que expone la apoderada en el recurso, referida a que no es procedente la condena al pago de las sanciones impuestas en primera instancia, por falta de liquidez de la sociedad demandada, que los derechos laborales de los trabajadores no están sometidos a la situación económica del empleador, y que las prestaciones sociales causadas por la prestación del servicio constituyen derechos ciertos e indiscutibles que en los términos del artículo 14 CST, son de carácter irrenunciable, luego la condición o situación de iliquidez que se aduce y que además no se acreditó a través de ningún medio dentro del proceso, no constituye una razón para eximir al empleador del pago de los derechos causados por sus trabajadores.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 28 2019 00078 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCIÓN y PORVENIR contra la sentencia proferida el 7 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ROSMIRA CECILIA CANDANOZA RODRIGUEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 2 de septiembre de 1956; que prestó servicios al INPEC entre el 1° de abril de 1982 y el 31 de diciembre de 1994, tiempo durante el cual la entidad le realizó aportes a CAJANAL; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó aportes a dicha entidad entre el 1° de octubre de 1995 y el 31 de diciembre de 1996 y cotizó un total de 17.14 semanas; que el 9 de diciembre de 1994, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que el 28 de agosto de 1995, se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCION; que el 1° de diciembre de 1999, se trasladó a la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen las AFP demandadas no le brindaron asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicaron la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 6 de octubre de 2018, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no precedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 94 a 114, Pdf. 1).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de validez de la afiliación, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción (Pdf. 1, fls. 132 a 140).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad de la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de validez del acto jurídico de afiliación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa (Pdf. 3).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 7 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora ROSMIRA CECILIA CANDANOZA RODRIGUEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° DE ENERO DE 1995, por intermedio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y, en

consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora ROSMIRA CECILIA CANDANOZA RODRÍGUEZ identificada con C.C. 51.570.226 a COLPENSIONES. **TERCERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **QUINTO: COSTAS** de esta instancia a cargo de las demandadas. Se señala como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante. **SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR** solicita que se revoque la decisión de primera instancia en su totalidad. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar el regreso de la demandante al

RPM porque quedó demostrado que el acto del traslado de régimen pensional es completamente válido, señaló que no se probó dentro del proceso la existencia de vicio en el consentimiento alguno en la suscripción del formulario de traslado que vinculó a la actora con la AFP PORVENIR, y por el contrario este documento demuestra que la decisión fue libre y voluntaria. Agregó, que al momento del traslado no era una obligación legal de las AFP documentar el tipo de información que le suministraban a sus afiliados y que exigirla constituye una carga desproporcionada. Dice además, que debe tenerse en cuenta que la actora se encuentra incurso dentro de una prohibición legal para regresar al RPM y que disponer la ineficacia en el caso bajo estudio atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema. En cuanto a los gastos de administración, dice que el descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, que la correcta administración de dichos dineros se refleja en los rendimientos obtenidos durante el tiempo de afiliación y que no es posible disponer su devolución, pues no existe un fundamento jurídico para ordenar la devolución de estos valores

El apoderado de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, que la correcta administración de dichos dineros se refleja en los rendimientos obtenidos durante el tiempo de afiliación y que no es posible disponer su devolución, pues no existe un fundamento jurídico para ordenarla.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia con fundamento en que no se dan los presupuestos definidos en la jurisprudencia para ordenar el traslado solicitado. El apoderado de la demandada PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la sentencia de primera instancia en cuanto declara la ineficacia del traslado de régimen pensional.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la demandante nació el 2 de

septiembre de 1956 (fl. 42, Pdf. 1); **ii)** que prestó servicios al INPEC entre el 1° de abril de 1982 y el 31 de diciembre de 1994, tiempo durante el cual la entidad le realizó aportes a CAJANAL (Pdf. 1, fls. 19 y 21); **iii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de octubre de 1995 y el 31 de diciembre de 1996 y cotizó un total de 17.14 semanas (carpeta 2, Pdf.); **iii)** que el 9 de diciembre de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 162, Pdf. 1); **iv)** que el 28 de agosto de 1995, se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN (Pdf. 3, fl. 31) **v)** que el 1° de diciembre de 1999, se trasladó a la AFP PORVENIR (Pdf. 1, fl. 141); **vi)** que el 6 de octubre de 2018, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 42, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades

financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un</i>

	<i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora ROSMIRA CECILIA CANDANOZA RODRIGUEZ se trasladó a la AFP PORVENIR el 9 de diciembre de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a CAJANAL y COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1, min 13:26), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en INPEC, que los reunieron en un salón y les hicieron una reunión con asesores de PORVENIR, la cual duró aproximadamente 15 minutos. Señaló, que lo único que les dijeron es que el Seguro Social iba ser liquidado y podrían quedarse sin pensión si no se trasladaban, que ante dicha información decidió trasladarse.

Nada diferente puede agregarse de lo manifestado por los testigos NELLY MERCEDES MONTES CONDE (audio 2, min. 16:34) y CESAR AUGUSTO BETIN ALAN (audio 3, min. 01:12), pues solo dijeron haber trabajado con la demandante en el INPEC y constarles que tuvieron una reunión general con asesores de PORVENIR, quienes solo les dijeron de manera general que el ISS y CAJANAL iban a ser liquidados y por ello su futuro pensional estaba en riesgo.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal

como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas

deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PROTECCION S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia que no realizó pronunciamiento alguno al respecto, ello en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandada COLPENSIONES.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema

de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada en el sentido de disponer que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo

afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 28-2018-00312-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de ambas partes contra la sentencia del 21 de mayo de 2021 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre las partes hubo dos contratos de trabajo, condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte y reserva actuarial a la AFP, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDADA** (40:23 archivo “33.1 Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 9 archivo “003Demanda”, Pág. 1 archivo “006EscritoDeSubsanacion”).**

JULIO CESAR ORTEGA ARDILA demandó a **HIGH CLASS CORPORATION S A - EN REORGANIZACIÓN** y solicitó declarar que entre las partes hubo un contrato de trabajo a término indefinido del 16 de febrero de 2012 al 30 de septiembre de 2017, el cual finalizó la empresa de forma unilateral sin justa causa; por tanto, condenar al pago de prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte, indemnización por despido y moratoria, aportes, indexación, condenas ultra y extra petita, constas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que ingresó a laborar el 16 de febrero de 2012 como diseñador de muebles de la **DEMANDADA**, en virtud de un contrato de prestación de servicios por \$1.000.000, con una jornada de lunes a sábado de 8am a 5pm, horario que controló la empresa con un sistema biométrico que registró la hora de ingreso y salida, además, debía pedir permiso a la empresa para realizar diligencias personales y recibió memorandos con llamados de atención y sugerencias de cómo realizar su servicio. Aseguró que sin terminar el contrato de prestación de servicios, el 07 de mayo de 2017 se suscribió un contrato de trabajo a término fijo por tres meses, el cual se prorrogó hasta el 1º de diciembre de 2017, pese lo cual el 30 de septiembre de 2017 el representante legal de la **DEMANDADA** lo notificó de la terminación de su contrato de trabajo y debió entregar su dotación, instante en el cual se le indicó que no le adeudan nada.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA (archivo
“021ContestacionDeDemanda”).**

Por auto del 05 de septiembre de 2019, aclarado con auto del 19 de septiembre de 2019, se designó *curador ad litem* a la **DEMANDADA** (archivos “017AutoQueDesignaAuxiliar” y “019AutoQueAclaraCorrigeYAdiciona”). Así las cosas, a través de *curador ad litem*, **HIGH CLASS CORPORATION S A - EN REORGANIZACIÓN**, se abstuvo a lo que resulte probado y no aceptó ningún hecho. Señaló que no se opone a las pretensiones si el **DEMANDANTE** acredita tener derecho, salvo aquellas que estén prescritas. Interpuso la excepción genérica.

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (40:23 archivo
“33.1Audiencia”).**

El 21 de mayo de 2021, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor JULIO CESAR ORTEGA ARDILA y la sociedad HIGH CLASS CORPORATION S.A - EN REORGANIZACIÓN, existieron dos contratos de trabajo, a saber: El primero vigente entre el 16 de febrero del año 2012 y el 18 de noviembre

del 2016 y el segundo entre el 16 de febrero y el 30 de septiembre del año 2017, en los cuales el actor se desempeñó como Diseñador, conforme a las razones expuestas en la parte motive de esta sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la DEMANDADA a pagar al aquí DEMANDANTE las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos: \$3.168.771 por concepto de cesantías, \$123.456 por concepto de intereses a las cesantías, \$1.239.888 por concepto de prima de servicios, \$775.458 por concepto de vacaciones; conceptos estos que deberán ser indexados al momento en que se efectúe el correspondiente pago, conforme a las consideraciones dadas en esta sentencia. **TERCERO: CONDENAR** a la DEMANDADA a reconocer y pagarle al DEMANDANTE el auxilio de transporte correspondiente al año 2015, en suma de \$518.000, monto que igualmente se deberá cancelar de manera indexada. **CUARTO: CONDENAR** al extremo pasivo a realizar en favor del aquí DEMANDANTE el pago de la reserva actuarial que determine la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el demandante, de acuerdo con los salarios que se individualizaron en la parte motiva de esta sentencia para los siguientes periodos de febrero a julio del año 2012 y de octubre de 2014 a abril de 2016. **QUINTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción respecto de las prestaciones sociales y auxilio de transporte causados con anterioridad al 31 de mayo del año 2015, así como las vacaciones causadas con fecha anterior al 31 de mayo de 2014. **SEXTO: ABSOLVER** a la sociedad DEMANDADA de las demás pretensiones incoadas en su contra en el libelo genitor. **SÉPTIMO:** las COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la sociedad DEMANDADA, se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.0000 a cargo de esta y a favor de la parte actora. (...)."

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si entre las partes existió el contrato de trabajo reclamado, en caso afirmativo, determinar la procedencia de las pretensiones alegadas.

Para resolver indicó que se acreditó un vínculo laboral entre las partes, ante la ausencia de pruebas de que el **DEMANDANTE** prestó su servicio de forma independiente y autónoma, frente los extremos temporales, indicó que no es posible declarar una sola relación porque no se comprobó que el **DEMANDANTE** hubiera trabajado sin solución de continuidad, por tanto, declaró dos contrato de trabajo, el primero del 16 de febrero de 2012 al 18 de noviembre de 2016 y el segundo del 16 de febrero de 2017 al 30 de septiembre de 2017. Determinó el valor del salario de 2012 a 2015 considerando el IBC de los aportes de 1 SMLMV, mientras que para los años 2016 y 2017 declaró el monto

indicado en las liquidaciones. Condenó al pago de prestaciones sociales y vacaciones de ambos contratos de trabajo, pero declaró prescritos los intereses a las cesantías, prima de servicios y auxilio de transporte anteriores al 31 de mayo de 2015 y las vacaciones anteriores al 31 de mayo de 2014, ordenó el pago de aportes a pensión de febrero a julio de 2012 y de octubre de 2014 a abril de 2016, conforme el cálculo actuarial que realice la AFP. Absolvió de la indemnización por despido por falta de prueba y de la indemnización moratoria ante el intimo convencimiento de la **DEMANDADA** de que la relación era de prestación de servicios, al punto que durante el tiempo que hubo el contrato de trabajo suscrito entre las partes la empresa pagó, sin titubear, todos los derechos laborales.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó la indemnización moratoria, ante la mala fe del empleador, quien ocultó la relación laboral mediante el contrato de prestación de servicios entre 2012 y 2015. Así mismo, reclamó la indemnización por no consignación de cesantías, alegando que al ser una prestación social no se reclaman a través de la Ley 50 de 1990 sino mediante el artículo 65 CST y además el Juez laboral debió usar sus facultades ultra y extra petita. Indicó que procede la indemnización por despido, porque el contrato tenía fecha de vencimiento de diciembre de 2017, pero la empresa lo finalizó en septiembre de 2017 alegando una difícil situación y solicitó al trabajador pasar la renuncia, la cual no fue voluntaria. Señaló que la prescripción de las cesantías se cuenta desde la terminación del contrato en 2017. Por último, solicitó declarar que el salario entre 2012 y 2015 fue de \$1.000.000, ya que la **DEMANDADA** uso el valor inferior de 1 SMLMV para pagar los aportes (42:50 archivo “33.1Audiencia”).

La **DEMANDADA** solicitó revocar el fallo. Alegó que reclamó la prescripción, además, el **DEMANDANTE** confesó que hubo varios contratos liquidados anualmente, que el contrato de 2016 terminó por renuncia y recibió su liquidación a satisfacción, que el contrato de

2017 se suscribió en mayo y no en febrero y no terminó por las razones alegadas por el trabajador sino porque éste no volvió a la empresa, quien lo buscó para pagarle en un acto de buena fe. Señaló que se declaró la relación laboral por periodos en los que hubo una relación de prestación de servicios, punto sobre el cual la jefa de personal de la empresa incurrió en contradicciones que no valoró el Despacho, además como las partes sabían que la relación eran de servicios el **DEMANDANTE** no hizo ningún reclamo en 2016 sino hasta 2018, siendo que los extremos temporales de la liquidación que aceptó el **DEMANDANTE** no fueron controvertidos, quien fue vinculado otra vez por la buena relación que hubo entre las partes, sin que se acrediten los supuestos del artículo 23 CST porque los memoriales y llamados de atención no prueban la subordinación.

Aseguró que la **DEMANDADA** pago aportes al **DEMANDANTE** por un acuerdo entre las partes, cuyo monto no se debe tener como salario porque ello es una afirmación sin respaldo probatorio y, llegado el caso, se debe tomar como valor del salario el de 1 SMLMV. Afirmó que no procede la indemnización moratoria por cesantías, porque tal concepto no se reclamó en la demanda y solo hasta el día del fallo se declaró una relación laboral, por lo cual no se configura dicho reclamo. Por último, solicitó no declarar el retiro sin justa causa, porque no hay ninguna carta de despido de 2017 y la renuncia provocada nunca se alegó sino hasta la demanda (54:25 archivo “33.1 Audiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó la indemnización moratoria porque la **DEMANDADA**, de mala fe, ocultó la relación laboral de 2012 a 2015 alegando un contrato de prestación de servicios, también procede tal indemnización por el segundo contrato, porque se pagó la liquidación luego de notificada la demanda, también procede la indemnización por no consignación de cesantías porque desde la demanda se indicó que no se pagó dicha prestación social, al igual que la indemnización por despido ya que la

terminación de 2017 fue presionada por la empresa y reclamó usar el último salario para liquidar las pretensiones. A su vez, el apoderado de la **DEMANDADA** solicitó revocar el fallo, porque el **DEMANDANTE** confesó que su contrato de 2012 fue de prestación de servicios, no demostró subordinación y solo acreditó el contrato de trabajo suscrito en mayo de 2017 y que terminó en septiembre de 2017, debiendo la parte y no el Juez liquidar las condenas, de otra parte, reclamó que la interrupción de la prescripción ocurrió con la notificación de la demanda y no con su radicación, a su vez, la Juez no consideró la renuncia de 2016 sino que sumó periodos en perjuicio de la empresa.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos de los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes hubo un contrato de trabajo entre el 2012 y el 2015, en caso afirmativo, establecer el valor del salario y si procede condenar a las indemnizaciones moratoria, por no consignación de cesantías y despido injusto, o si por el contrario se debe absolver a la **DEMANDADA** de todas las condenas, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto, la *a quo* declaró que entre las partes hubo dos contratos de trabajo, condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte y reserva actuarial a la AFP, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDADA**.

El apoderado del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación y reclamó la condena a la indemnización moratoria por el periodo de 2012 a 2015, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización por despido porque la empresa solicitó la renuncia antes de la fecha de terminación del segundo contrato de trabajo, que la prescripción de las cesantías operó desde la terminación del segundo contrato de trabajo y que el salario de 2012 a 2015 fue \$1.000.000.

El apoderado de la **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar las condenas, porque el **DEMANDANTE** confesó que entre las partes hubo varios contratos liquidados anualmente, el contrato de trabajo de 2016 finalizó por renuncia y el contrato de trabajo de 2017 inició en mayo y terminó porque el trabajador no volvió al servicio, por tanto, se declaró un contrato de trabajo por periodos en los cuales la relación fue de prestación de servicios a pesar de las contradicciones de la jefe de personal, la total claridad entre las partes de la naturaleza de dicho vinculo y falta de pruebas de subordinación, siendo el pago de aportes a favor del **DEMANDANTE** resultado de un acuerdo con la empresa, sin que ello acredite salario. En todo caso, no procede la indemnización por no consignación de cesantías porque no se reclamó en la demanda y solo hasta el fallo se declaró la relación laboral, tampoco procede la indemnización por despido porque no se acreditó ni la carta de despido y la renuncia provocada nunca se alegó en la demanda.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Principio de primacía de la realidad sobre las formas y el contrato de trabajo.**

El artículo 53 constitucional consagra la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; de otra parte, el artículo 22 CST define al contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a presta su servicio personal a otra persona, bajo su continúa dependencia o subordinación y cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 CST fija los tres elementos esenciales del

contrato de trabajo: **i)** actividad personal; **ii)** continua subordinación; **iii)** un salario como retribución del servicio; dichos elementos, una vez reunidos, configuran un contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre, condiciones o modalidades que las partes le agreguen.

En cuanto el aspecto probatorio, el artículo 24 CST consagra la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Con base en dicha norma, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indica que al promotor del proceso le basta acreditar la prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, por tanto, corresponde al demandado desvirtuar aquella demostrando que no se reúnen los dos elementos restantes del contrato de trabajo, a saber, la remuneración y la subordinación y, de no lograrlo, se declarará la existencia de aquel contrato, lo cual ha sido reiterado en las sentencias SL2480 de 2018, SL2608 de 2019, SL3616 de 2020, SL2775 de 2021, SL3345 de 2021, SL3695 de 2021, SL628 de 2022, SL781 de 2022, entre otras.

No son pocos los litigios donde se controvierte un contrato o relación jurídica para declarar que es laboral, en especial, los contratos que involucren servicios personales. Para resolver dichos conflictos, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ señala que lo fundamental es determinar si hubo subordinación, entendida como la facultad para exigir cumplir órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, o si por el contrario la actividad se realizó de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinación de horarios, solicitud de informe o medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación propia de un contrato de trabajo, tal y como se indicó en sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4347 de 2020, SL2626 de 2021, SL3324 de 2021, SL658 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, no le asiste razón al apoderado de la **DEMANDADA** de que el **DEMANDANTE** era

responsable de probar la subordinación, por cuanto la H. CSJ ha sostenido, de forma pacífica y reiterada, que basta con demostrar la prestación personal del servicio para activar la presunción del artículo 24 CST, escenario en que corresponde al demandado desvirtuar dicha presunción de existencia de un contrato de trabajo.

Así las cosas, en el presente asunto, el señor FABIO CHINCHILLA PORTILLA, representante legal de la **DEMANDADA**, señaló en su interrogatorio de parte que el **DEMANDANTE** prestó sus servicios a la empresa, elaborando los diseños gráficos de los sofás, tomando las medidas y levantando los planos de los bocetos de aquellos, actividad que se realizó en desarrollo de un contrato de prestación de servicios y si bien no recordó la fecha inicial de tal vínculo, manifestó que con el tiempo el **DEMANDANTE** se vinculó a nómina de la empresa y que se retiró definitivamente en septiembre de 2017 (22:48 archivo “*AudienciaParte1*” carpeta “24.1Anexos”).

Si bien el representante legal de la **DEMANDADA** no precisó la fecha inicial del anterior servicio, se aportó certificación expedida el 02 de octubre de 2017 por YUDY PAOLA MURILLO, en nombre de talento humano de la **DEMANDADA**, la cual indica que el **DEMANDANTE** laboró en la compañía desde el 16 de febrero de 2012, documento que no fue tachado de falso por la **DEMANDADA**, a la vez que la propia YUDY PAOLA MURILLO rindió testimonio en el cual señaló que ella ingresó a la empresa en agosto de 2012 y que para dicha fecha el **DEMANDANTE** ya estaba vinculado a través de un contrato de prestación de servicios (32:52 archivo “*AudienciaParte2*” carpeta “24.1Anexos”).

A su vez, el testigo JUAN FELIPE MUNEVAR CHAPARRO manifestó bajo juramento que trabajó para la **DEMANDADA** de 2014 a 2016, periodo en el cual fue compañero de trabajo del **DEMANDANTE**, quien se desempeñó en el departamento de diseño de la compañía (00:08 archivo “*AudienciaParte2*” carpeta “24.1Anexos”). A su vez, el señor HORGE LUIS DUARTE RINCÓN señaló en su testimonio que

laboró con la **DEMANDADA** desde 2011 hasta finales de 2016 o inicio de 2017 y que el **DEMANDANTE** ya estaba en la empresa y continuó en aquella luego de que el testigo se retiró de la compañía (14:54 archivo “*AudienciaParte2*” carpeta “*24.1Anexos*”).

Los anteriores elementos de prueba permiten concluir, contrario lo manifestado por el apoderado de la **DEMANDADA** en su recurso de apelación, que el **DEMANDANTE** si acreditó la prestación personal del servicio para la empresa y, con ello, activó la presunción del artículo 24 CST, por lo cual no era carga de la prueba del extremo demandante acreditar la subordinación laboral, por cuanto dicho aspecto ya se presume, siendo responsable la **DEMANDADA** de desvirtuar la presunción del artículo 24 CST.

Revisado el expediente, no pasa por alto esta Sala que las notificaciones de los artículos 291 y 292 CGP fueron surtidas en la dirección de notificación judicial de la **DEMANDADA** señalado en su certificado de existencia y representación legal (Pág. 10 archivo “*003Demanda*”, archivos 09 a 13 del expediente digital), sin asistir a notificarse personalmente de la demanda, por lo cual se designó curador *ad litem*, quien contestó la demanda, situación que conllevó que la empresa únicamente presentara las pruebas documentales que ordenó la Juez en audiencia del 08 de marzo de 2021 por estar en poder de la demandada, junto con el interrogatorio de parte al **DEMANDANTE**.

Los precitados medios de prueba no son suficientes para desvirtuar la presunción del artículo 24 CST, por cuanto las manifestaciones del representante legal de la **DEMANDADA** no acreditan que el **DEMANDANTE** hubiera prestado su servicio personal, entre los años 2012 y 2015, de forma autónoma e independiente por cuanto el principio de que nadie puede crear su propia prueba impide atender tales manifestaciones.

Del mismo modo, si bien el **DEMANDANTE** señaló en su interrogatorio que la empresa tenía un contrato anual y que firmó varios contratos con la señora de personal de la **DEMANDADA**, dichas manifestaciones no son confesión ni desvirtúan la presunción de contrato de trabajo como alegó el apoderado de la empresa en su recurso de apelación, por cuanto el interrogado aclaró que las liquidaciones solo fueron realizadas por los dos últimos años de relación cuando fue empleado directo de la empresa y siempre fue enfático en manifestar que no prestó su servicio personal de forma libre, autónoma y augestionaria (57:57, 01:00:30, 01:02:37, 01:05:50 archivo “*AudienciaParte1*” carpeta “24.1Anexos”).

Así las cosas, si bien se allegó al proceso copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes el 1º de mayo de 2017 y de las liquidaciones por los contratos de trabajo de 2016 y 2017, dichas pruebas documentales no desvirtúan la presunción de existencia de contrato de trabajo por los años anteriores, esto es, entre 2012 y 2015, periodo respecto de los cuales existen suficientes elementos de prueba de la prestación personal del servicio del **DEMANDANTE** a favor de **HIGH CLASS CORPORATION S A - EN REORGANIZACIÓN**, mientras que no existe ni una sola prueba por parte de la **DEMANDADA** de que dicha actividad hubiera sido libre y autónoma.

Así las cosas, esta Sala comparte la decisión de la *a quo*, quien declaró la existencia de dos contratos de trabajo entre las partes, habida cuenta de que si bien la relación inició el 16 de febrero de 2012, el **DEMANDANTE** confesó que en 2016 renunció por un periodo de 6 meses, hecho que tiene respaldo en la liquidación de dicha anualidad que presentó la **DEMANDADA** (01:02:50 archivo “*AudienciaParte1*” carpeta “24.1Anexos”, archivo “liquidación 2016” carpeta “27.1 Anexos”), tras lo cual inició por segunda ocasión su servicio personal el 16 de febrero de 2017 y no en mayo de 2017 como alegó el apoderado de la **DEMANDADA**, por cuanto fue el propio abogado de la empresa quien allegó los desprendibles de nómina que acreditan que desde febrero de 2017 se pagó salario, no obstante el contrato haber sido

suscrito tiempo después, en mayo de 2017, lo cual concuerda con los extremos temporales señalados en la liquidación correspondiente (subcarpeta “julio cesar 2017” carpeta “27.1 Anexos”), solución de continuidad que impide declarar una única relación laboral.

Por las anteriores consideraciones, contrario a la supuesta falta de pruebas de una relación laboral, esta Sala encuentra que en virtud de la presunción de existencia del contrato y ante la falta de iniciativa probatoria de la **DEMANDADA**, no queda opción distinta que ratificar los dos contratos de trabajo que declaró la *a quo*, sin que dicha conclusión sea desvirtuada por los indicios alegados en el recurso de apelación por el apoderado de la empresa, relativos a contradicciones de la testigo YUDY PAOLA MURILLO, falta de reclamaciones hasta 2018 o celebración de un segundo contrato de trabajo, los cuales no son prueba de que el servicio personal hubiera sido autónomo e independiente.

Como quiera que se confirmará la declaratoria de contrato de trabajo, pasa la Sala a resolver los puntos de inconformidad elevados en ambos recursos de apelación sobre el valor del salario entre los años 2012 a 2015, porque el **DEMANDANTE** indicó que era de \$1.000.000, mientras que la **DEMANDADA** indicó que llegado el caso se debe confirmar la suma de 1 SMLMV.

Revisado el expediente, la **DEMANDADA** allegó los movimientos contables pagados al **DEMANDANTE** de 2012 a 2015, los cuales no permiten individualizar el valor mensual pagado como retribución del servicio (carpeta “27.1 Anexos”), por su parte, sin embargo, la precitada falencia no implica declarar como valor del salario el reclamado por el **DEMANDANTE**, quien no aportó ninguna prueba de que su remuneración fuera superior al SMLMV, por tanto, no queda opción distinta que declarar que el salario equivale al IBC declarado en el pago de aportes, por cuanto es razonable suponer que el pago de estos se efectuó considerando el valor del salario como señala la Ley, sin que sea de recibo la manifestación del abogado del **DEMANDANTE** de que

la empresa cotizó por debajo del real valor del salario porque no hay ninguna prueba de tal manifestación. En consecuencia, se confirmarán los valores de salario declarados en primera instancia.

En cuanto el reclamo de la indemnización por no consignación de cesantías que realiza el apoderado del **DEMANDANTE**, no queda duda alguna de que dicha pretensión no se solicitó ni en la demanda ni fue fijada en el problema jurídico, por tanto, el apoderado de dicha parte debe sufrir la consecuencia procesal de que la sentencia no ordene el pago de tal concepto, sin que sea válido que pretenda subsanar su falencia reclamando el uso de las facultades *ultra y extra petita* del Juez Laboral, por cuanto si bien se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 16 de febrero de 2012 al 18 de noviembre de 2016 y se ordenó el pago de las cesantías causadas en dicha relación, ello no implica que la indemnización reclamada se active automáticamente, por cuanto no se acreditó la mala fe de la **DEMANDADA**, tal y como pasa a exponerse.

En efecto, en el caso bajo estudio, la declaratoria de la existencia de los dos contratos de trabajo obedece más a la falta de defensa probatoria de la **DEMANDADA**, quien no desvirtuó la presunción del artículo 24 CST, y no a la existencia de pruebas contundentes de que la empresa hubiera ocultado, de forma maliciosa, intencionada y buscando el perjuicio del trabajador, de la relación laboral.

Así las cosas, a juicio de esta Sala, resulte razonable la conclusión de la *a quo* de que la **DEMANDADA** mantuvo un íntimo convencimiento de que con anterioridad a la celebración del contrato de trabajo de 2016, el servicio prestado por el **DEMANDANTE** entre los años 2012 y 2015 lo fue en virtud de un contrato de prestación de servicios profesionales, inferencia que fue desvirtuada solo hasta el agotamiento de un proceso judicial, a la vez que la empresa, durante los periodos en que formalmente vinculó al **DEMANDANTE** con contrato de trabajo, si realizó el pago de las acreencias laborales,

conducta de la cual se infiere que no era su real intención el desconocer los derechos derivados de una relación laboral.

En consecuencia, al no acreditarse la mala fe, no procede la imposición de la indemnización por no consignación de cesantías, más aún cuando dicha pretensión no fue reclamada en la demanda, a la vez que tampoco procede el reconocimiento de la indemnización moratoria que reclamó el apoderado del **DEMANDANTE** en su recurso de apelación, respecto el periodo 2012 a 2015.

En este punto advierte la Sala que no hará ningún pronunciamiento sobre la solicitud de condenar la indemnización moratoria por el segundo contrato, por cuanto dicha petición no la sustentó el apoderado del **DEMANDANTE** al presentar el recurso de apelación, toda vez que el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS limita la competencia del superior a las materias objeto del recurso de apelación, sin que sea válido que dicho apoderado pretenda incluir solicitudes ajenas a las sustentadas en su recurso a través de los alegatos de segunda instancia.

En cuanto el reclamo de la indemnización por despido, el apoderado del **DEMANDANTE** alegó que la terminación del segundo contrato de trabajo fue provocada por la empresa, quien solicitó la renuncia al trabajador, pero no allegó ninguna prueba e dicha manifestación, por cuanto no es posible considerar como prueba de tal hecho las manifestaciones del **DEMANDANTE** en virtud del principio de que nadie puede fabricar su propia prueba, a la vez que ninguno de los testigos manifestó constarle las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que finalizó dicha relación laboral, ni existe documento que acredite la renuncia presionada por la **DEMANDADA**, por tanto, al carecer de todo soporte probatorio, no queda opción distinta que confirmar la absolución por dicho concepto.

Por las mismas razones relativas al principio de consonancia, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre la inconformidad del

apoderado de la **DEMANDADA** relativa a considerar que la interrupción de la prescripción ocurrió con la notificación de la demanda, por cuanto se trata de un tema que no fue alegado en el recurso de apelación y que dicho apoderado pretende incluir con posterioridad desconociendo el principio de consonancia.

En cuanto la inconformidad del apoderado del **DEMANDANTE** respecto la fecha de prescripción de las cesantías, la Sala advierte que la *a quo* declaró, expresamente, que dicha prestación social no está prescrita porque solo se hizo exigible a la terminación de ambos contratos de trabajo, por ende, la sentencia de primera instancia ya declaró lo que solicita el apelante y no hay objeto para emitir ningún pronunciamiento al respecto.

Finalmente, en cuanto la inconformidad del apoderado de la **DEMANDADA** relativa a que la parte actora debía liquidar el monto de las pretensiones en su demanda y no el Juez realizar tal ejercicio, advierte la Sala que acceder a ello implicaría un exceso de ritual manifiesto, debido al uso extremadamente rígido del derecho procesal al punto de sacrificar los derechos mínimos, irrenunciables y de orden público del trabajador, pasando por alto que la finalidad del derecho procesal es la prevalencia del derecho sustancial conforme el artículo 228 Constitucional, el artículo 13 CST, el deber del Juez de garantizar los derechos fundamentales de las partes conforme el artículo 48 CPTSS y en últimas el principio de *iura novit curia*, por lo cual se rechaza de plano tal solicitud.

Agotados todos los puntos de inconformidad elevados en los dos recursos de apelación bajo estudio y conforme las consideraciones efectuadas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL,

Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO/ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 29 2018 00274 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida el 6 de mayo de 2021 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a la demandada a reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes a la demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ABIGAIL PACHON, presentó demanda ordinaria laboral en contra del **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañero permanente DANIEL REYES GONZALEZ. Pide que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en su favor a partir de la fecha

de fallecimiento del causante, junto con las mesadas adicionales correspondientes, retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que el causante DANIEL REYES GONZALEZ nació el 28 de junio de 1922; que laboró como trabajador oficial a la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia desde el 1° de octubre de 1951 hasta el 15 de junio de 1956; del 16 de junio al 30 de septiembre de 1956; del 17 de noviembre de 1956 al 1° de febrero de 1966, para un total de 14 años, dos meses y 20 días; que prestó servicios al Municipio de Mariquita Tolima por 2 años, 4 meses y 22 días entre el 12 de febrero de 1967 y el 30 de junio de 1968, y del 9 de febrero de 1972 al 15 de febrero de 1973; que laboró como inspector de policía del Hatillo – Tolima durante 2 años, 4 meses y 8 días; que laboró como secretario de ejecuciones fiscales del Hatillo Tolima por 11 meses y 25 días; que laboró al servicio del Municipio de Mariquita Tolima durante 28 días, tiempo que fue cotizado al ISS hoy COLPENSIONES; que de acuerdo a las certificaciones laborales, el causante se retiró del servicio el 1° de julio de 1977, fecha para la cual contaba con un total de 20 años, 4 meses y 22 días, tiempo suficiente para que adquiriera el status de pensionado. Señaló que el 4 de julio de 1966, inició a vivir con el causante, que dicha unión se mantuvo por más de 44 años y hasta el 17 de noviembre de 2004, fecha en que falleció DANIEL REYEZ GONZALEZ.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la prestación del servicio del causante a Ferrocarriles Nacionales de Colombia y su fecha de fallecimiento, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de

inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido, no reunir los requisitos exigidos por la ley para ser beneficiario de la prestación solicitada, prescripción y presunción de legalidad de los actos administrativos (fls. 69 a 74).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 6 de mayo de 2021, condenó a la demandada a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: CONDENAR *al FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a que reconozca la sustitución pensional del causante DANIEL REYES GONZALEZ a la señora ABIGAIL PACHON identificada con la cédula de ciudadanía N° 20.602.691 a partir del 17 de noviembre de 2004. En cuantía inicial de \$366.650 por 14 mesadas al año. SEGUNDO: ORDENAR* a la demandada FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a la indexación de la suma del retroactivo causado desde la fecha de reconocimiento hasta el momento en que la demandante sea incluida en nómina de pensionados, de conformidad al IPC certificado por el DANE. **TERCERO: COSTAS** a cargo de la demandada incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.000.000. **CUARTO: CONSULTAR** la presente sentencia en caso de que no sea apelada por la parte demandada, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS”

La Juez definió el problema jurídico en determinar si DANIEL REYES GONZALEZ dejó causada una pensión de jubilación y verificar si es procedente la sustitución de la misma a la demandante. Para resolverlo indicó que el causante, para la fecha del fallecimiento cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 71 de 1988, por aplicación del régimen de transición previsto en el

artículo 36 de la ley 100 de 1993, en cuanto contaba con más de 20 años servidos al sector público y tenía más de 60 años de edad. Señaló que como al momento de cumplir tales requisitos dicha norma no había sido expedida y tampoco había solicitado el reconocimiento de la prestación, ésta debía reconocerse a partir del momento en que falleció. Señaló que la demandante tiene derecho a la sustitución de dicha prestación, pues acreditó su condición de beneficiaria en calidad de compañera permanente y por ello condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada, en cuantía un salario mínimo legal mensual vigente.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación en cuanto no se estudió la excepción de prescripción. Para sustentar el recurso aduce que la juez de primera instancia refirió que la entidad no propuso la excepción de prescripción y por ello no realizó estudio o pronunciamiento alguno al respecto, sin embargo, no verificó en debida forma el escrito de contestación donde se lee de manera clara que la entidad propuso dicho medio exceptivo, lo que daba lugar a realizar el estudio pertinente y en dado caso declararla probada respecto de las mesadas correspondientes.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. Por su parte, el apoderado de la parte demandante no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de la demandada.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar en primera medida si DANIEL REYES GONZALEZ causó el derecho a la pensión de jubilación de acuerdo a lo previsto en la Ley 71 de 1988 por aplicación del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; en dado caso establecer si la demandante acreditó la condición de beneficiaria para obtener la sustitución de dicha prestación, definir el valor de la mesada pensional y si operó la excepción de prescripción.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que DANIEL REYES GONZALEZ falleció el día 17 de noviembre de 2004 (Fl. 13); **ii)** que el causante prestó servicios a Ferrocarriles Nacionales de Colombia entre el 1° de octubre de 1951 y el 15 de junio de 1956, entre el 16 de junio y el 30 de septiembre de 1956, entre el 17 de noviembre de 1956 y el 1° de febrero de 1966, para un total de 14 años y 26 días (Fl. 2); **iii)** que el causante prestó servicios al Municipio de Mariquita Tolima entre el 12 de febrero de 1967 y el 30 de junio de 1968, y desde el 9 de febrero de 1972 hasta el 15 de febrero de 1973, para un total de 2 años, 4 meses y 22 días (fl. 3); **iv)** que el causante prestó servicios como Inspector de Policía del Hatillo Tolima del 1° de agosto al 31 de diciembre de 1969, del 1° de enero al 31 de

diciembre de 1970, del 1° de enero al 8 de noviembre de 1971 (fl. 4); **v)** que el causante prestó servicios al Municipio de Mariquita Tolima entre el 1° de febrero de 1976 y el 25 de enero de 1977 (fl. 5); **vi)** que el causante realizó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES entre el 3 de enero y el 1° de julio de 1977 a través del empleador Municipio de Mariquita (fl. 153); **vii)** que en enero de 2011, la demandante solicitó al Fondo demandado el reconocimiento de la pensión post mortem del causante y su sustitución. Tal solicitud fue resuelta de manera desfavorable por la entidad (fls. 18 a 23).

- Sobre el reconocimiento de la Pensión prevista en la Ley 71 de 1988

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, en primera medida la Sala estudiará si se ajusta al ordenamiento jurídico la decisión de la juez de primera instancia que definió que DANIEL REYES GONZALEZ dejó causada la pensión por aportes que regula la Ley 71 de 1988, por aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Precisa la Sala sobre este punto, que se estudiará la causación del derecho bajo estos parámetros, pues este aparte de la decisión se conoce en consulta a favor de la entidad demandada y por ello no es procedente el estudio de la prestación bajo la aplicación directa de dicha norma o de otras, pues con ello podría resultar más gravosa la condena a la entidad demandada. Una vez se definido este aspecto de la controversia, la Sala se ocupará de establecer si la demandante tiene derecho a la sustitución de dicha prestación.

Para el efecto, es necesario definir si es posible la aplicación de normas anteriores a la Ley 100 de 1993 para reconocer la pensión al causante DANIEL REYES GONZALEZ, para el efecto el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición normativa, según el cual pueden acceder a la pensión teniendo en cuenta la edad

y el tiempo de servicios que regulaban normas anteriores, los afiliados que a la fecha de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en pensiones (1° de abril de 1994) tuvieran 35 o 40 años de edad. Esta condición la cumplió el causante, pues el documento visible en el folio 7 acredita que nació el 28 de junio de 1922.

Como el causante falleció el 17 de noviembre de 2004, antes de la expedición del Acto legislativo 1 de 2005, no le es aplicable esta disposición, de ello la Sala concluye que DANIEL REYES GONZALEZ es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por ello definirá si cumplía las condiciones previstas en la Ley 71 de 1988, para dejar causado el derecho a esta prestación.

La Ley 71 de 1988, consagró el derecho a una pensión de jubilación por aportes a favor de las personas que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es hombre y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

Frente al alcance de la norma, la postura actual de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, señala que para el cálculo de la pensión por aportes se deben tener en cuenta tiempos de servicio en el sector público, sin importar si estos últimos fueron o no cotizados a cajas de previsión o de la seguridad social, así lo reitero dicha Corporación en las sentencias SL2417 de 2019, SL4287 de 2019 y SL1824 de 2022.

Teniendo en cuenta los anteriores referentes jurisprudenciales, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que definió que el causante cumplía con los requisitos definidos en la Ley 71 de 1988

para causar el derecho bajo las reglas de esta disposición. Al revisar las pruebas del expediente es posible concluir que DANIEL REYES GONZALEZ completó un total de 20 años, 2 meses y 19 días, entre el tiempo servido a FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (del 1° de octubre de 1951 al 15 de junio de 1956, del 16 de junio al 30 de septiembre de 1956, y del 17 de noviembre de 1956 al 1° de febrero de 1966, fl. 2 y 164 vto.), el tiempo servido al MUNICIPIO DE MARIQUITA TOLIMA (del 12 de febrero de 1967 al 30 de junio de 1968, y del 9 de febrero de 1972 al 15 de febrero de 1973, del 1° de febrero de 1976 al 25 de enero de 1977, fls. 3, 5, 171 vto. Y 174), el tiempo servido como Inspector de Policía del Hatillo Tolima (del 1° de agosto de 1969 al 8 de noviembre de 1971, fls. 4 y 171vto.), y el tiempo cotizado al ISS hoy COLPENSIONES (desde el 26 de enero de 1977 hasta el 1° de julio de 1977, fl. 153).

Definido el derecho a la pensión procedería realizar la liquidación del ingreso base de liquidación (IBL) en la forma que dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, norma que regula la forma de liquidar las pensiones reconocidas con fundamento en el régimen de transición, para el efecto tal norma dispone que se debe tomar el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Sería del caso efectuar la liquidación correspondiente, sino fuera porque al analizar los documentos que contiene el expediente administrativo del causante (Cd. 2), se advierte que algunos donde constan la relación de salarios devengados mes a mes, son borrosos o ilegibles, lo que impide realizar en debida forma la liquidación respectiva, contrario a lo que definió la juez de primera instancia, quien realizó la liquidación, pero no adjuntó la misma al acta de la

audiencia, para verificar los salarios tenidos en cuenta, pues como se dijo, algunos de los periodos son ilegibles.

Por ello, se modificará el numeral primero de la sentencia que definió en concreto el valor de la prestación y en su lugar se ordenará a la demandada FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, que defina el valor de la mesada para el mes de noviembre de 2004 (fecha en que falleció el causante y la cual definió la juez de primera instancia, sin que fuera objeto de recurso por parte de la demandante), teniendo en cuenta los salarios de los 10 últimos años (3.600 días) o durante toda la vida laboral, si le es más favorable, debidamente indexados, e incluyendo para el efecto los factores salariales que define el Decreto 1158 de 1994 en su artículo 1°, IBL al cual deberá aplicar una tasa de remplazo igual al 75% (artículo 8° del Decreto 2709 de 1994, reglamentario del artículo 7° de la Ley 71 de 1988). Al valor de la mesada pensional así definida para la fecha en que se causó, se le deberán efectuar los ajustes legales anuales.

Agrega el Tribunal a lo estudiado, que en los términos que define el artículo 10° del Decreto 2709 de 1994, reglamentario del artículo 7° de la Ley 71 de 1988, la entidad que debe reconocer y pagar la prestación es el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, pues es ésta donde se realizaron la mayoría de los aportes y porque el actor no tenía por lo menos 6 años de cotizaciones con la última entidad a la cual se le realizaron aportes, que fue COLPENSIONES.

- De la Pensión de Sobrevivientes

Establecido como está que DANIEL REYES GONZALEZ dejó causada la pensión de jubilación prevista en la Ley 71 de 1988, se analizará si la demandante tiene derecho a la sustitución de dicha prestación. Para resolver lo pertinente, conviene precisar que para

las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional, es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido, así lo ha indicado esa alta Corporación entre otras en sentencia de radicado 33.210 del 17 de octubre de 2008 y SL496 de 2018.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el causante falleció el 17 de noviembre de 2004, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso.

Sobre el requisito de convivencia que define la citada norma para el cónyuge o compañero supérstite del pensionado, es pertinente aclarar que en sentencia SU 149 de 2021, la Corte Constitucional definió que esta disposición es aplicable por igual tanto al grupo familiar del afiliado como del pensionado y por ello en casos en que se resuelve el derecho a la pensión de sobrevivientes, indistintamente de que se trate de un afiliado o pensionado, deberá verificarse el cumplimiento de esta exigencia en quien aduzca la condición de compañera o cónyuge del causante. Dijo la Corte en dicha providencia, que este requisito es el medio adecuado previsto por el legislador, para garantizar que esta prestación se reconozca a quienes integran de manera cierta el grupo familiar del afiliado y no a personas que de manera ilegítima o artificiosa reclaman el reconocimiento de este derecho.

Bajo las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que condenó a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del causante DANIEL REYES GONZALEZ, pues la demandante acreditó haber convivido con el causante dentro de los 5 años anteriores a su deceso.

Al efecto se encuentra acreditado que la pareja tuvo cuatro hijos, JOSE YESID REYES PACHON (nació el 1° de septiembre de 1965, fl. 8), ELSA PILAR REYES PACHON (nació el 9 DE JUNIO DE 1970, fl. 9), MAURICIO ERNESTO REYES PACHON (nació el 27 de julio de 1967, fl. 10) y MARTHA LUCIA REYES PACHON (nació el 16 de marzo de 1961, fl. 11).

Sobre el particular aspecto de la convivencia, se recibió el testimonio de NOE DE LOS RIOS CASTAÑO (Cd. 6, min. 05:22) y HUGO RIAÑO PULIDO (Cd. 6, min. 32:21); el primero de ellos manifestó que conocía al causante aproximadamente desde el año 1955, que trabajaron juntos en una época en la empresa de Ferrocarriles Nacionales y que conoció a la demandante como compañera del causante, que tuvieron una relación de amistad, se frecuentaban como amigos y compartían espacios en familia, que la pareja tuvo 4 hijos, y que siempre convivieron y estuvieron juntos hasta el momento en que falleció DANIEL, y que en el sepelio estuvieron la esposa y los hijos. El segundo de ellos refirió que conocía al causante porque le hacía algunos trabajos, que con posterioridad, aproximadamente 10 años antes del fallecimiento de DANIEL REYES, fueron vecinos, vivían en la misma cuadra en el barrio la Hermita en Mariquita Tolima, y le consta que la demandante era la compañera del causante porque siempre los veía juntos como pareja, que compartían espacios de amigos y se visitaban con cierta frecuencia, que la pareja tenía 4 hijos y siempre

vivieron juntos hasta el momento del fallecimiento del causante, que no le conoció otra pareja y siempre vio como vecino y amigo que se mantuvieron juntos y no se separaron.

Así mismo, obra declaración extraproceso rendida por LUIS HERNANDO LOZANO CHARRY el 24 de agosto de 2010 (fl. 17), quien, de forma coincidente con el dicho de los testigos referidos, manifestó que la pareja conformada por el causante y la demandante, tuvo 4 hijos y convivió aproximadamente más de 35 años que se extendieron hasta el momento del fallecimiento del causante.

De las anteriores declaraciones, es posible establecer que la pareja conformada por el causante y ABIGAIL PACHON, convivió dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento del causante, pues los testigos referidos ofrecen credibilidad a la Sala en cuanto fueron coincidentes y espontáneos en su dicho y además les consta de manera directa lo manifestado en cuanto eran vecinos y amigos de la pareja.

En este orden de ideas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que definió la existencia del derecho a la pensión de sobrevivientes que se reclama en favor de ABIGAIL PACHON, y la reconoció a partir del 17 de noviembre de 2004, fecha de fallecimiento del causante. También se confirmará en cuanto reconoce la prestación por 14 mesadas anuales, pues para la fecha de fallecimiento del causante no había sido expedido el Acto Legislativo 01 de 2005.

No obstante, y dado que la juez omitió pronunciarse sobre los descuentos correspondientes a los aportes en salud, la Sala en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se estudia en favor de la demandada, adicionará la decisión en el sentido de autorizar a la entidad demandada a realizar los descuentos correspondientes

a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud. Al respecto y para definir su procedencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2445 de 2019, definió que éste es procedente en la medida que las entidades pagadoras de pensiones tienen la obligación de descontar y transferir a la entidad prestadora de Salud a la que se encuentre afiliado el pensionado el valor de la cotización, por mandato del artículo 42 inc. 3° del Decreto 692 de 1994, y que quien debe asumir la carga de pagar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud es el pensionado, por disposición del artículo 143 de la Ley 100 de 1993. En este orden de ideas, se autorizará al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a descontar el valor correspondiente a los aportes a salud del retroactivo pensional causado por la demandante.

- De la excepción de prescripción

Pide la apoderada de la demandada que se realice el estudio pertinente de esta excepción en cuanto la juez de primera instancia se abstuvo de resolverla con fundamento en que no fue propuesta. Al revisar la contestación de la demanda, se advierte que en efecto la entidad demandada propuso debidamente esta excepción y por ello la Sala procede a resolverla (fl. 73). Al efecto, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS disponen que las acciones para reclamar derechos laborales prescriben en tres años, contados desde la fecha en que se causa el derecho, lo que en pensiones de sobrevivientes ocurre con la muerte del afiliado o pensionado.

Teniendo en cuenta los anteriores referentes, se advierte que la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión el día 17 de enero de 2011 (Cd. 2. Pdf., fl. 19), dicha solicitud fue resuelta por la entidad en el mismo año (Cd. 2, Pdf., fl. 43), y la demanda fue presentada el 28 de mayo de 2018 (fl. 57). Como ya habían transcurrido más de tres años desde la fecha en que se solicitó el

reconocimiento de la prestación y aquella en que se presentó la demanda, se concluye que operó la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 28 de mayo de 2015. Precisa la Sala al efecto que si bien la actora presentó otras solicitudes con posterioridad, lo cierto es que la única petición que tenía la vocación de interrumpir el término de prescripción era la primera.

Así las cosas, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar parcialmente probada esta excepción y se dictará la condena como corresponde.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en cuanto definió la mesada pensional en la suma de \$366.650; para en su lugar, **ORDENAR** al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA que defina el valor de la primera mesada pensional de DANIEL REYES GONZALEZ (causante), para el mes de noviembre de 2004, teniendo en cuenta los salarios de los 10 últimos años (3.600 días) o durante toda la vida laboral, si le es más favorable, debidamente indexados, e incluyendo para el efecto los factores salariales que define el Decreto 1158 de 1994 en su artículo 1°, IBL al cual deberá aplicar una tasa de remplazo igual al 75% (artículo 8° del Decreto 2709 de 1994, reglamentario del artículo 7° de la Ley 71 de 1988). De acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia para DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 28 de mayo de 2015, y ORDENAR a la demandada a pagar a la demandante ABIGAIL PACHON el retroactivo causado a partir de esta fecha.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia para AUTORIZAR a la demandada a descontar del retroactivo pensional causado, los valores correspondientes a los aportes en salud, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 30-2021-00119-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de las demandadas **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** y el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 1° de abril de 2022 del Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, declaró válida la vinculación al RPM, condenó a la devolución de los saldos de la CAIP a **COLPENSIONES** sin descuento de gastos de administración, ordenó la actualización de la historia laboral en el RPM, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las **AFP DEMANDADAS** (02:03:39 archivo “31.1Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (archivo “05. DEMANDA”).**

NANCY ZEILA VARGAS DÍAZ solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado del RPM al RAIS, condenar a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los valores de la CAIP y tramitar su retorno al RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 06 de octubre de 1964, se afilió al ISS desde el 1° de febrero de 1986 y cotizó 443

semanas, que el 1° de julio de 1994 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.**, por orden de su empleador SEGUROS Y CAPITALIZADORA COLPATRIA S.A., quien indicó que el ISS se iba a acabar, sin recibir ninguna asesoría por funcionarios de la AFP, tras lo cual se trasladó a **SKANDIA S.A.** y luego a **COLFONDOS S.A.**, AFP que no le suministraron información clara y completa sobre las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que el 21 de mayo de 2019 solicitó a **COLFONDOS S.A.** copia de su formulario de afiliación, el cual indica que es un traslado de cesantías y no de fondo de pensiones y le realizó una proyección de su pensión en el RAIS muy inferior a la del RPM, finalmente, el 29 de mayo de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** la nulidad de su traslado, solicitud que negó la entidad el 06 de junio de 2019.

• CONTESTACIÓN DEMANDA.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del **DEMANDANTE**. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado del régimen pensional, en todo caso, la **DEMANDANTE** solo pretende un beneficio económico a través de la demanda, sin demostrar ninguna causal de nulidad o ineficacia y cualquier eventual nulidad se ratificó con los posteriores traslados de AFP, omitiendo la afiliada su deber de vigilar su situación pensional para luego alegar dicha omisión a su favor, sin que sea procedente su retorno al ROM por la restricción por edad. Interpuso las excepciones de perfeccionamiento de actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto existente, saneamiento de la nulidad, protección de la sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la genérica (archivo “10. CONTESTACION COLPENSIONES”).

AFP OLD MUTUAL hoy **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las

pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que no realizó el traslado de régimen pensional, ya que el 10 de marzo de 2008 la **DEMANDANTE** se afilió a la AFP trasladado desde la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, la cual se hizo efectiva el 1° de mayo de 2008 y que estuvo vigente hasta el 31 de enero de 2010. Indicó que la afiliada no demuestro ninguna causal de nulidad absoluta o relativa de la afiliación a la AFP, siendo decisión libre y voluntaria de la **DEMANDANTE** vincularse a la AFP, la cual se materializó con el formulario de afiliación conforme el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995, además, el deber de información se verifica al momento del traslado del régimen pensional y la AFP suministró información suficiente y transparente sobre los regímenes y ello permitió tomar una decisión entre las diferentes opciones, sin que proceda la inversión de la carga de la prueba porque la **DEMANDANTE** no tiene régimen de transición ni tiene una expectativa legítima de adquirir su derecho pensional. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, la AFP no participo ni intervino en la selección de régimen, imposibilidad del traslado por edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso en la afiliación al RAIS, ausencia de falta del deber de asesoría e información, supuestos fácticos del caso diferentes a los de las sentencias invocadas por la **DEMANDANTE**, prescripción, buena fe y la genérica (Pág. 1 a 17 archivo “15. CONTESTACION DEMANDA Y LLAMAMIENTO GARANTIA”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que la afiliación a la AFP COLPATRIA en 1994 fue libre, espontanea, sin engaños e informada, al ser precedida de una asesoría sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones particulares, de lo cual dejó manifestación escrita en el formulario, además de que no usó el derecho de retracto ni el periodo de gracia y, en todo, caso las condiciones de cada régimen están en la Ley y el deber de información se impuso con la Ley 1327

de 2009, siendo la demanda un medio para sortear la restricción de traslado por edad. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 1 a 33 archivo “17. CONT Y MED 2021-00119 NANCY ZEILA VARGAS DIAZ contra PORVENIR S.A. y OTROS”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE** y que recibió y contestó una solicitud de la afiliada. Indicó que la **DEMANDANTE** solicitó su afiliación libre e informada a la AFP, pero no realizó el traslado del régimen pensional, en todo caso, aseguró que su asesor comercial brindó asesoría integral y completa de las implicaciones del traslado horizontal de fondo, las características del RAIS y sus diferencias con el RPM, tras lo cual la afiliada firmó sin presiones su vinculación, sin existir ninguna causal de nulidad y en caso de existir, fue convalidada tácitamente con la permanencia en el RAIS por varios años. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación a la AFP, prescripción de la acción, compensación y pago y la genérica (Pág. 1 a 14 archivo “19. Contestación de la demanda NANCY ZEILA VARGAS DIAZ vs Colfondos S.A”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (02:03:39 archivo “31.1 Audiencia”).

El 1° de abril de 2022, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante NANCY ZEILA VARGAS DÍAZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.752.885, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado en su momento por el extinto ISS hoy COLPENSIONES al del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLPATRIA S.A. hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 1 de julio de

1994, conforme a lo expuesto. **SEGUNDO: DECLÁRESE** válidamente vinculada la demandante NANCY ZEILA VARGAS DÍAZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto. **TERCERO: CONDÉNESE** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la DEMANDANTE, juntos con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante el tiempo que estaba vinculada la DEMANDANTE a este fondo, es decir, a partir del 8 de febrero de 2010 hasta cuando se haga efectivo su traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo o y debidamente indexados. **CUARTO: CONDÉNESE** a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los gastos cobrados por concepto de administración por el tiempo que estuvo vinculada la señora NANCY ZEILA VARGAS DÍAZ en este fondo, esto es, a partir del 09 de mayo de 2008 hasta el 10 de febrero de 2010, deben ser devueltos del patrimonio del fondo pero debidamente indexados, conforme a lo expuesto. **QUINTO: CONDÉNESE** al fondo administrador de pensiones PORVENIR S.A. a devolver los costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo que permaneció en dicho fondo, es decir, del 1 de julio de 1994 hasta el 8 de mayo de 2008, junto con la correspondiente indexación y del patrimonio del fondo de pensiones. **SEXTO: ORDÉNESE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la DEMANDANTE, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. **SÉPTIMO: DECLÁRENSE** no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto. **OCTAVO: CONDENAR** en costas a PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A., a favor de la parte actora. Por Secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$3.600.000 a cargo de cada uno de los FONDOS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. respectivamente y \$1.000.000 a cargo de SKANDIA S.A. **NOVENO:** sin constas ni a favor ni en contra de COLPENSIONES. **DECIMO: CONCÉDASE** el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de acuerdo a lo indicado en la parte motiva de esta providencia. (...)

El a quo fijó como problema jurídico establecer si el traslado del RPM al RAIS es nulo o ineficaz y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que las AFP tienen el deber de información y asesoría de sus potenciales afiliados desde su creación con la Ley 100 de 1993, cuyo cumplimiento diligente deben acreditar dichos fondos, sin que en el caso bajo estudio **PORVENIR S.A.** cumpla dicha carga al punto que no desvirtuó que fuera el empleador de la afiliada y no un asesor del fondo quien presionó el fondo, cumplimiento que tampoco acreditan los demás fondos, por lo cual declaró ineficaz el traslado, ordenó el traslado del saldo del CAIP al RPM y la devolución de los gastos de administración indexados a cargo de cada AFP y actualizar la historia laboral por **COLPENSIONES** y solo condenó a las **AFP DEMANDADAS** a costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que no se acreditó causal de nulidad conforme el artículo 1741 CC, por tanto, cualquier otra irregularidad generó nulidad relativa y la acción para reclamar la misma ya está prescrita, de otra parte, el formulario de afiliación que contiene la declaración del artículo 114 de la Ley 100 de 1993 de selección libre del régimen pensional, es un documento autentico conforme los artículo 244 y 273 CGP y 54 CPTSS y no se le puede restar fuerza probatoria, más aún cuando la **DEMANDANTE** indicó en su interrogatorio que recibió información, firmó libremente, no tuvo dudas ni cuestionamientos, no solicitó asesoría, sin que pueda alegar que no leyó el formulario avalado por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COMERCIO a su favor. Señaló que la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 solo procede cuando con dolo se atenta contra la libertad de afiliación, lo cual no se demostró. Toda nulidad relativa se saneó por ratificación tácita de la afiliada conforme los artículos 1742 y 1743 CC al permanecer años en el RAIS y trasladarse en AFP, por ende, cumplió con la carga de la prueba de la asesoría con las pruebas antes señaladas, sin que se puedan imponer cargas diferentes a las previstas al momento del traslado porque viola el debido proceso y la confianza legítima y afecta presupuestos esenciales del estado social de derecho

como los requisitos validez y efectos del negocio jurídico. De confirmarse la sentencia, solicitó revocar la condena a devolver los gastos de administración, porque el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 señala que en caso de traslado de régimen solo deben devolverse aportes y rendimientos, además esos gastos están en ambos regímenes y son la contraprestación a la buena gestión de la AFP y su devolución causa un enriquecimiento sin justa causa de **COLPENSIONES**, además son prescriptibles porque no hacen parte de la financiación de la pensión. Reiteró todas las excepciones de la contestación de la demanda (02:08:03 archivo “31.1Audiencia”).

La demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** solicitó revocar los numerales cuarto y octavo del fallo. Indicó que el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 establece que el traslado de RAIS al RPM solo causa el traslado de los recursos de la CAIP y de los recursos del fondo de garantía de pensión mínima, sin incluir los gastos de administración, porque según la Ley 100 de 1993 señala que su fin es pagar las pólizas previsionales, los cuales fueron recibidos por la aseguradora, además, no procede la indexación porque la devolución de los rendimientos ya compensa la devaluación monetaria, por tanto, ordenar retornar los rendimientos y gastos es un doble pago y sanción por un mismo hecho. De confirmarse la sentencia, solicitó declarar prescrita la devolución de los gastos de administración, porque constituyen la prima del seguro previsional suscrito entre la AFP y la aseguradora, relación contractual que prescribe conforme el artículo 1081 CCO y no por las reglas laborales, las cuales solo aplican a la relación entre afiliado y AFP, de otra parte, no procede la condena a costas de la AFP, porque al igual que **COLPENSIONES** no participó en el acto de traslado de régimen pensional ineficaz, además como la carga probatoria es a cargo de la AFP la **DEMANDANTE** no asumió tal responsabilidad, al punto que renunció a sus testigos, por ello no es desproporcionado ordenar costas a su favor por más de 10 smlmv ante su poco despliegue probatorio (02:17:21 archivo “31.1Audiencia”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** solicitó modificar el fallo, para condenar a **PORVENIR S.A.** a mantener la afiliación de la **DEMANDANTE** aplicando las reglas del RPM. Aseguró que es contrario a la justicia condenar a **COLPENSIONES** a asumir el retorno de la afiliada y su eventual pensión, por cuanto la Entidad no generó la ineficacia del traslado, siendo la AFP responsable de las omisiones que generan tal consecuencia, por tanto, los miles de fallos condenatorios que declaran ineficaz los traslados de régimen causan perjuicio a **COLPENSIONES** al someterla a asumir cargas pensionales por afiliados que nunca participaron solidariamente en el financiamiento del fondo publico pensional, afectación que no se resuelve con el traslado de los gastos administrativos y rendimientos, al punto que las sentencias de la H. Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D.C: reconocen que la Entidad puede perseguir perjuicios contra las AFP, lo cual implica pérdida de recursos y dineros, por ello, es la AFP la que debe asumir las consecuencias de su error manteniendo la afiliación de la **DEMANDANTE** siguiendo las reglas del RPM (02:26:01 archivo “31.1Audiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo, por ser conforme con las pruebas recaudadas y precedente jurisprudencial aplicable. El apoderado de **COLPENSIONES** solicitó condenar a **PORVENIR S.A.** a mantener la afiliación aplicando las reglas del RPM por justicia, subsidiariamente, reclamó el traslado de todos los valores percibidos con ocasión de la afiliación, indexados y mantener la absolución de costas. La apoderada de **SKANDIA S.A.** solicitó acceder a su recurso de apelación, revocando la condena a los gastos de administración, al no haber sustento legal de dicha orden, a la vez que están prescritos. **PORVENIR S.A.** reiteró los argumentos señalados en su recurso de apelación. Agotado el término de traslado, la apoderada de **COLFONDOS S.A.** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.** y posteriores traslados de AFP, así como la procedencia del reintegro de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **NANCY ZEILA VARGAS DÍAZ** nació el 06 de octubre de 1964 (Pág. 19 archivo “04. ANEXOS”); **ii)** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** el 29 de julio de 1994, efectivo desde el 1° de agosto de 1994 (Pág. 81 a 83 archivo “17. CONT Y MED 2021-00119 NANCY ZEILA VARGAS DIAZ contra PORVENIR S.A. y OTROS”); **iii)** la **DEMANDANTE** se trasladó a **SKANDIA S.A.** mediante formulario del 10 de marzo de 2003, efectivo desde el 1° de mayo de 2008 (Pág. 32 y 38 archivo “15. CONTESTACION DEMANDA Y LLAMAMIENTO

GARANTIA”); *iv*) la **DEMANDANTE** se trasladó a **COLFONDOS S.A.** mediante formulario del 08 de febrero de 2010, efectivo desde el 1° de febrero de 2010, AFP donde permanece vinculada y donde acredita 1844,85 semanas cotizadas al 1° de septiembre de 2021 (Pág. 15 a 17, 19 a 25 archivo “19. Contestación de la demanda NANCY ZEILA VARGAS DIAZ vs Colfondos S.A”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, declaró válida la vinculación al RPM, condenó a la devolución de los saldos de la CAIP a **COLPENSIONES** sin descuento de gastos de administración, ordenó la actualización de la historia laboral en el RPM, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las **AFP DEMANDADAS**.

La apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que no se acreditó causa de nulidad absoluta, cualquier otra irregularidad generó nulidad relativa que convalidó la afiliada o cuya acción ya está prescripta, el formulario de afiliación es documento autentico que no se puede desconocer como prueba, la **DEMANDANTE** indicó en interrogatorio que recibió información, firmó libremente, no tuvo ni dudas ni cuestionamientos, no solicitó asesoría y no puede alegar que no leyó un formulario avalado por la autoridad a su favor, que no se cumplen los presupuestos de la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que la AFP acreditó la carga de la prueba de cumplir su deber de información conforme la normatividad vigente a la fecha del traslado. De forma subsidiaria solicitó revocar la condena a los gastos de administración, a la vez que reiteró las excepciones propuestas.

La apoderada de la demandada **SKANDIA S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar las condenas a devolver los gastos de administración y pagar costas. Alegó que la normatividad no consagra que el traslado del RAIS al RPM implique la devolución de los gastos, los cuales están en poder de la aseguradora, además devolver los rendimientos implica la corrección monetaria y no procede la

indexación. De confirmarse el fallo, la devolución de gastos esta prescrita conforme las normas comerciales del contrato de seguros, tampoco procede la condena a costas porque la AFP no participó en el traslado declarado ineficaz, además, la parte **DEMANDANTE** no debió asumir la carga de la prueba y por eso costas de más de 10 SMLMV es desproporcionado.

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación. Solicitó condenar a **PORVENIR S.A.** a mantener la afiliación de la **DEMANDANTE** bajo las reglas del RPM, condena que es justa ya que no procede condenar a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación porque la Entidad no participó en la omisión de la AFP que generó la ineficacia del traslado, siendo que los miles de fallos que declarar ineficacias del traslado causan perjuicios a la entidad.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-,

vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>

	<i>derechos laborales y autonomía personal</i>	
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos

las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que entre las partes no hay controversia de que la demandante **NANCY ZEILA VARGAS DÍAZ** se trasladó del RPM al RAIS mediante su afiliación a **PORVENIR S.A.** el 29 de julio de 1994, traslado cuya validez está en discusión por cuanto la **DEMANDANTE** alegó que no fue precedido de la suficiente asesoría y buen consejo por parte del asesor comercial de dicha AFP.

La jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019, SL4025 de 2021, SL1891 de 2022, entre otras, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE** y el subsecuente traslado de AFP, las **AFP DEMANDADAS** hayan brindado una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias del traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acredita con la mera firma del formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por tanto, es razonable inferir las **DEMANDADAS** no demostraron el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, contrario a lo que afirmó la apoderada de **PORVENIR S.A.**, la **DEMANDANTE** no manifestó en su interrogatorio que recibió una asesoría por parte de la AFP al momento del traslado del régimen pensional, por cuanto alegó que su empleador, que hacía parte del mismo grupo empresarial COLPATRIA al que pertenecía la AFP que gestionó su traslado, fue quien la presionó para firmar el formulario de afiliación sin participación si quiera de un asesor de la AFP COLPATRIA.

Tampoco existe prueba de **SKANDIA S.A.** o **COLFONDOS S.A.** hayan realizado una asesoría integral sobre los aspectos de cada régimen pensional y las implicaciones de mantener la afiliación en el RAIS a la **DEMANDANTE**.

Así las cosas, la Sala rechaza el recurso de **PORVENIR S.A.** y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen

pensional, sin acceder al recurso de apelación de **COLPENSIONES** de condenar a la precitada AFP a mantener la afiliación de la **DEMANDANTE** bajo los parámetros del RPM, por cuanto la ineficacia del traslado conlleva a restituir las cosas a su estado anterior, lo que implica considerar que la afiliada nunca se retiró del régimen hoy administrado por **COLPENSIONES**.

Ahora bien, respecto el recurso de apelación de **SKANDIA S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES**, advierte esta Corporación que la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para todas las **AFP DEMANDADAS** de devolver debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, por ende, no procede absolver de la devolución de los gastos de administración y comisiones cobradas.

También se confirmará la decisión de ordenar a **COLPENSIONES** reactivar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral, advirtiéndole la Sala que dicha condena no afecta el principio de sostenibilidad fiscal, toda vez que la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, por lo cual las **AFP DEMANDADAS** deberán reintegrar al RPM todos los recursos que sirven para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras. En tal sentido se modificará el fallo de primera instancia para clarificar la condena a cargo de las **AFP DEMANDADAS**.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019; SL4062 de 2021; SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Respecto la solicitud de revocar la condena a costas de primera instancia que solicitó **SKANDIA S.A.**, advierte la Sala que dicha imposición concuerda con el artículo 365 CGP, por cuanto dicha parte resultó vencida en juicio y si bien no participó en el traslado inicial del régimen pensional de la **DEMANDANTE**, no acreditó que a la fecha en que la afiliada se vinculó a dicha AFP hubiera cumplido diligentemente su deber de información y asesoría, omisión que no se puede equiparar a la situación de **COLPENSIONES**, quien negó el retorno al RPM en virtud del mandato legal que restringe dicho traslado por edad, por lo cual no se revocará la condena. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a **COLFONDOS S.A.**

PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **COLFONDOS S.A.** con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a la demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por dicha AFP con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por dicha AFP con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ADICIONAR el numeral décimo primero a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 33-2019-00029-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 22 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se abstuvo de declarar a la **DEMANDANTE** afiliada de **COLPENSIONES**, ordenó a las **DEMANDADAS** realizar una asesoría sobre los regímenes pensionales con los requisitos exigidos en el fallo y efectuar el traslado al RPM si así lo decide la afiliada, devolviendo los saldos de la CAIP sin descuento alguno y corregir su historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó a la AFP en costas (42:59 archivo “34.1Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 15 archivo “003Demanda”).**

SANDRA CONSTANZA ESCOBAR CARDENAS solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado del RPM al RAIS; condenas ultra y extra petita, costas y agencia en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que en febrero de 2016 solicitó a **PORVENIR S.A.** su afiliación al fondo de cesantías, sin embargo, el

formulario que diligenció la asesora de la AFP en realidad era para un traslado de régimen pensional, el cual firmó desprevenidamente. Aseguró que el traslado pensional es lesivo para ella y su hijo que sufre invalidez total y permanente, porque en el RAIS el monto de la pensión es una expectativa incierta que depende del mercado, a la vez que **COLPENSIONES** nunca se comunicó para informar los efectos del cambio, tras lo cual solicitó a la AFP la anulación de su afiliación, peticiones que fueron rechazadas, mientras que **COLPENSIONES** señaló que no anula tal acto porque lo presume efectuado libremente por la afiliada.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al traslado del RPM al RAIS y que negó la solicitud de nulidad de aquel. Indicó que no procede el retorno al RPM por la restricción por edad, por cuanto la afiliada se afilió a la AFP voluntariamente y en caso de que dicho acto genere algún daño, es la AFP quien debe asumir las consecuencias, en todo caso, la **DEMANDANTE** tiene la obligación de informarse las consecuencias del traslado pensional, quien además ratificó su decisión al permanecer años en el RAIS. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de hecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica (archivo “015ContestacionDeDemanda”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación a la AFP y que negó la solicitud de anulación de éste. Indicó que la AFP recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre el RAIS, tras lo cual la afiliada suscribió libremente el formulario de afiliación, recibiendo doble asesoría conforme la Ley 1748 de 2014, así mismo, la **DEMANDANTE** se afilió al RAIS desde marzo de 2000 a través de la AFP HORIZONTE y no como alega en la demanda. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de

causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 11 a 28 archivo “027ContestacionDeDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (42:59 archivo “34.1Audiencia”).

El 22 de junio de 2021, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto a la afiliación realizada a SANDRA CONSTANZA ESCOBAR CÁRDENAS el 27 de febrero de 2016 por parte de PORVENIR S.A. ADICIÓNENSE en el sentido de no acceder a la pretensión de tener a la DEMANDANTE como afiliada a COLPENSIONES. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR y COLPENSIONES a que dentro de los 30 días siguientes a la fecha de proferirse esta sentencia, se proceda a agendar una asesoría personal con la DEMANDANTE, ya sea presencial o virtual, en la que un asesor de cada régimen explique detalladamente y consigne documentalmente con copia para la DEMANDANTE, los aspectos mencionados en la parte considerativa de la presente providencia y que harán parte del ordinario tercero, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.6.10.2.3. del Decreto 2555 de 2010, modificado por el artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, a efecto de que la señora SANDRA CONSTANZA ESCOBAR CÁRDENAS decida de manera informada cual de los dos regímenes le conviene más y procedan, en caso de ejecutoria de esta decisión, a su traslado al RPM con las consecuencias que ello conlleva en el sentido de trasladar los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la DEMANDANTE, junto con los rendimientos y valores descontados como cuotas de administración, a COLPENSIONES, lo anterior si así lo manifiesta ella, dejando constancia de que aspectos le serían desfavorables en caso de materializarse dicho traslado. TERCERO: la asesoría a la DEMANDANTE deberá contener como mínimo los siguientes puntos: 1. probabilidad que tiene la DEMANDANTE de pensionarse en cada régimen. 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, en cada régimen conforme con la normatividad vigente. 3. Entregar proyección del valor de la pensión en cada régimen. 4. Indicar los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen. 5. Suministrar información detallada sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación. 6. Entregar información específica a la DEMANDANTE en torno a la posibilidad de acceder a la pensión especial por hijo en situación de discapacidad en ambos regímenes, con los posibles escenarios, si hay posibilidad o no a dicha pensión. CUARTO: SE ORDENA a PORVENIR corregir la historia laboral de la

*DEMANDANTE, confrontando el número de semanas reportado por COLPENSIONES y acorde a su historia laboral. **QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las DEMANDADAS, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia. **SEXTO: COSTAS** de esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR. Se fijan como agencias en derecho la suma de 4 smlmv. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si hay vicio del consentimiento en el traslado del RPM al RAIS para establecer la procedencia de las pretensiones.

Para resolver indicó que conforme la H. CSJ, el incumplimiento del deber de información causa la ineficacia del traslado pensional de 2016, fecha para la cual ya estaban vigentes los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015, que obligan a documentar la información suministrada y la doble asesoría en las condiciones particulares de la **DEMANDANTE**, quien es madre de un hijo discapacitado, no obstante, los documentos allegados acreditan una información baja de cada régimen, ni se demuestra la doble asesoría, por lo cual declaró ineficaz el traslado, pero no declaró la afiliación al RPM porque no es posible determinar que ello sea lo más útil a los intereses de la afiliada, por cuanto en ambos regímenes esta la pensión especial de vejez por hijo invalido, por ello ordenó una asesoría doble independientemente de si el fallo es confirmado, pero en caso de que la decisión quede en firme y la afiliada solicite su traslado al RPM, ordenó a la AFP entregar el saldo de la CAIP sin descuentos por administración. Condenó en costas a la AFP.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, porque la AFP acreditó la asesoría documentada con los requisitos actuales del deber de asesoría y buen consejo, como la exposición expresa de los regímenes y advertencia sobre la restricción por edad, a la vez que la afiliada en su interrogatorio indicó conocer aspectos del RAIS, sin que sea válido que alegue que no leyó el

formulario o que pensó afiliarse al fondo de cesantías, además, la pensión especial de vejez por hijo invalido esta en ambos regímenes, por lo cual no hay merito para acceder a las pretensiones, más aún si la afiliada no cumplió sus deberes como consumidor financiero. Por último, solicitó aclarar el fallo para determinar las obligaciones de la AFP si se confirma la ineficacia (48:51 archivo “34.1Audiencia”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el numeral 1 del fallo, por cuanto si bien no impone una condena directa a la Entidad, causa un detrimento fiscal con el futuro reconocimiento pensional, de otra parte, aseguró que el Juez invirtió la carga de la prueba contra la AFP, a pesar de que la H. CSJ autoriza dicho traslado solo cuando el afiliado acredita una afectación por el traslado al tener una expectativa legítima y régimen de transición. En caso de mantenerse la inversión de la carga de la prueba, la AFP acredita una asesoría completa a la afiliada, porque además del formulario de afiliación se documentó la comparación entre los regímenes y se avisó sobre la restricción de traslado por edad (01:02:29 archivo “34.1Audiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, porque las pruebas acreditan que se cumplió el deber de asesoría, de confirmarse el fallo, solicitó no condenar a la devolución de gastos de administración.

De otra parte, el apoderado de la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, porque no procede el retorno al RPM por la restricción por edad, porque no hay causal de nulidad de la afiliación, no procede invertir la carga de la prueba, acceder al traslado implica la descapitalización del RPM y se causó la prescripción y caducidad de la acción. Agotado el término de traslado, el apoderado de la **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **SANDRA CONSTANZA ESCOBAR CARDENAS** nació el 22 de mayo de 1973 conforme su historia laboral (archivo “017ContestacionDeDemanda”); *ii)* la **DEMANDANTE** se afilió al ISS el 1° de noviembre de 1991 (archivo “017ContestacionDeDemanda”); *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 17 de febrero de 2016, efectivo desde el 1° de abril de 2016 (Pág. 29 a 35 archivo “027ContestacionDeDemanda”), AFP donde permanece vinculada.

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se abstuvo de declarar a la **DEMANDANTE**

afiliada de **COLPENSIONES**, ordenó a las **DEMANDADAS** realizar una asesoría sobre los regímenes pensionales con los requisitos exigidos en el fallo y efectuar el traslado al RPM si así lo decide la afiliada, devolviendo los saldos de la CAIP sin descuento alguno y corregir su historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó a la AFP en costas.

La demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Alegó que la AFP acreditó el cumplimiento del deber de información con la asesoría documentada efectuada a la afiliada, quien reconoció en su interrogatorio aspectos del RAIS, sin que sea válido que la **DEMANDANTE** alegué a su favor que no leyó el formulario o que pensó afiliarse al fondo de cesantías, además, no hay mérito de la pretensión porque en ambos regímenes hay la pensión especial de vejez por hijo inválido, más aún si la afiliada no cumplió sus deberes de consumidor financiero, por último, solicitó aclarar las obligaciones impuesta a la AFP por el fallo.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el numeral 1º del fallo, porque se invirtió la carga de la prueba sin ser procedente conforme la H. CSJ, de forma subsidiaria, de mantenerse la inversión de la prueba, solicitó declarar que la AFP brindó una asesoría completa a la afiliada conforme las pruebas documentales allegadas.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia

libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(…)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos

debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que se allegó con el expediente un formulario de traslado del RPM al RAIS a través de la AFP HORIZONTE del 1° de noviembre de 2000, sin embargo, la Sala no tendrá en cuenta dicha prueba documental por cuanto tal afiliación no se encuentra registrada en el histórico de traslado del SIAFP de la **DEMANDANTE** (Pág. 35 archivo “027ContestacionDeDemanda”), además de que dicha circunstancia no fue alegada en los recursos de apelación ni incide en la solución del grado jurisdiccional de consulta.

Realizada la anterior advertencia, en el caso bajo estudio se acredita que la demandante **SANDRA CONSTANZA ESCOBAR CARDENAS** se traslado del RPM al RAIS mediante su afiliación a **PORVENIR S.A.** el 17 de febrero de 2016, traslado cuya validez está en discusión por cuanto la **DEMANDANTE** alegó que no fue precedido de la suficiente asesoría y buen consejo por parte del asesor comercial de dicha AFP.

La jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante

toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019, SL4025 de 2021, SL1891 de 2022, entre otras, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, la **AFP DEMANDADA** haya brindado una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias del traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acredita con la mera firma del formulario de afiliación y demás formatos allegados por la AFP, por cuanto a pesar de que **PORVENIR S.A.** señaló que realizó

una comparación expresa entre los regímenes pensionales y que la afiliada suscribió la misma en señal de aprobación, tal circunstancia fue desvirtuada con los demás elementos de prueba practicados en primera instancia.

En efecto, llama la atención de esta Sala que el formulario “*conozca las diferencias entre los regímenes pensionales antes de realizar un traslado de sus aportes*”, allegado por **PORVENIR S.A.**, más allá de la firma e identificación de la **DEMANDANTE** no fue diligenciado en las casillas comparativas entre los regímenes, las cuales están en blanco (Pág. 34 archivo “*017ContestacionDeDemanda*”); así mismo, esta Corporación echa de menos cualquier prueba que acredite la realización de la doble asesoría por parte de **COLPENSIONES**, trámite vigente desde la expedición del Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, no puede ignorar este Tribunal que la **DEMANDANTE**, en su interrogatorio, señaló expresamente que debido a una complicación de salud no se realizó una asesoría personal y se limitó a dejar el formulario firmado en blanco bajo la creencia de que solo iba a ser usado para afiliación a fondo de cesantías (19:10 archivo “*31.1Audiencia*”) y si bien una parte no puede fabricar su propia prueba, lo cierto es que las afirmaciones de la **DEMANDANTE** tienen respaldo documental con las queja interpuesta por la afiliada ante el defensor del consumidor financiero de las **DEMANDADAS** y las respuestas dadas por dicho defensor y por **PORVENIR S.A.** (Pág. 16 a 28 archivo “*003Demanda*”).

Así las cosas, es razonable concluir que las **DEMANDADAS** no demostraron el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad, más aún cuando la **DEMANDANTE** nunca afirmó conocer los aspectos de cada régimen pensional, como lo afirmó la apoderada de la **AFP DEMANDADA**.

Así las cosas, la Sala rechaza el recurso de **PORVENIR S.A.** y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen

pensional, sin acceder al recurso de apelación de **COLPENSIONES** de declarar que la AFP acreditó el cumplimiento de su deber de información y asesoría.

Advierte esta Sala que el *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, siendo la consecuencia de aquella decisión restituir las cosas a su estado anterior, motivo por el cual si bien la decisión del Juez de abstenerse de reconocer a la **DEMANDANTE** como afiliada de **COLPENSIONES** se fundamentó en la imposibilidad de determinar si el RPM era más favorable en cuanto al reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo invalido, no queda opción distinta que revocar tal determinación, por cuanto el efecto de declarar ineficaz la afiliación a la AFP no es otro que considerar que la afiliada nunca se trasladó del RPM.

En consecuencia, se modificará el fallo de primera instancia, para declarar que, como consecuencia de la ineficacia del traslado del régimen, la **DEMANDANTE** nunca se retiró del régimen hoy administrado por **COLPENSIONES**.

En atención al grado jurisdiccional de consulta, advierte esta Corporación que la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para todas la **AFP DEMANDADA** de devolver debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

También se ordenará a **COLPENSIONES** reactivar la afiliación de la **DEMANDANTE** en el RPM y actualizar su historia laboral, advirtiéndole a la Sala que dicha condena no afecta el principio de sostenibilidad fiscal, toda vez que la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, por lo cual la **AFP DEMANDADA** deberá reintegrar al RPM todos los recursos que sirven para el eventual reconocimiento pensional, indexados.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019; SL4062 de 2021; SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado del RAIS al RPM que realizó la demandante **SANDRA CONSTANZA ESCOBAR CARDENAS**, conforme la parte motiva de esta

sentencia. En consecuencia, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos; así mismo **CONDENAR** a **COLPENSIONES** recibir de dicha AFP los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la **DEMANDANTE** y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a la demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por dicha AFP con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales segundo y terceros del fallo de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral séptimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

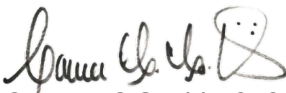
QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 34-2019-00443-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 22 de octubre de 2021 del Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS y posteriores traslados de AFP, ordenó devolver los valores recibidos, actualizar la historia laboral en el RPM, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las AFP (01:50:02 archivo “13.1 Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 138 a 181 archivo “01. 11001310503420190044300 (fls.1-253)”).**

EFRAÍN MONTEJO ÁNGEL solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS y posterior traslado de AFP, ordenar la devolución del saldo de la CAIP, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 06 de abril de 1959; se afilió al extinto ISS del 1° de noviembre de 1984 al 31 de octubre de 1999 y aportó 167,57 semanas; que en octubre de 1999 se

trasladó al RAIS mediante afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** y en abril de 2002 se trasladó a **PORVENIR S.A.**, AFP que nunca le suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que el 08 de febrero de 2019 solicitó a las **DEMANDADAS** su retorno al RPM y la nulidad del traslado, petición que fue rechazada, a su vez, **PORVENIR S.A.** le indicó que su pensión en el RAIS sería de \$828.116 y en el RPM de \$3.203.668.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del **DEMANDANTE**, su afiliación al RPM y que negó su solicitud de retorno al RPM. Indicó no constarle las condiciones del traslado del RPM al RAIS, sin embargo, no es cierto que la AFP debiera presentar comparaciones ni proyecciones porque tal deber apareció con el Decreto 2071 de 2015, sin que proceda el retorno al RPM por la restricción por edad, no hay pruebas de las falencias alegadas en la demanda y el afiliado nunca manifestó inconformidad alguna con permanecer en el RAIS. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de **COLPENSIONES**, prescripción y la genérica (Pág. 206 a 225 archivo “01. 11001310503420190044300 (fls.1-253)”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y que negó la solicitud de retorno al RPM. Indicó que no le constan las condiciones del traslado de régimen porque lo efectuó otra AFP, sin embargo, señaló que antes de que el **DEMANDANTE** se afiliara a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** le brindó información suficiente y necesaria sobre los regímenes pensionales, a fin de permitir un juicio sobre los efectos de permanecer en el RAIS, tras lo

cual el afiliado decidió permanecer en la AFP, afiliación que cumplió todos los requisitos legales y que carece de irregularidades, a la vez que no se demuestra ninguna de las falencias alegadas en la demanda. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 296 a 335 archivo “01. 11001310503420190044300 (fls.1-253)”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad, el traslado al RAIS y que negó la solicitud de retorno al RPM. Indicó que el afiliado no demostró las falencias que alegó en la demanda, de otra parte, señaló que efectuó una asesoría previa al traslado de régimen, con la cual informó las características de los regímenes y su funcionamiento, tras lo cual el afiliado decidió libremente su traslado al RAIS y dejó constancia escrita de ello en el respectivo formulario, acto jurídico que cumplió todas las condiciones normativas exigidas para la fecha del traslado, sin que pueda exigirse cumplir deberes de asesoría creados en normas posteriores. Interpuso las excepciones de inexistencia de capital acumulado en la CAIP en la AFP, declaración libre y espontánea del **DEMANDANTE** al momento de la afiliación a la AFP, buena fe de la AFP, inexistencia de perjuicio, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración y seguro previsional, prescripción y la genérica (Pág. 454 a 467 archivo “01. 11001310503420190044300 (fls.1-253)”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:50:02 archivo “13.1Audiencia”).

El 22 de octubre de 2021, el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia o nulidad del traslado realizado por la demandante EFRAÍN MONTEJO ÁNGEL, entre el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 13 de octubre de 1999, a través de la afiliación a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías COLMENA S.A., actualmente SOCIEDAD AFP PROTECCIÓN

S.A., y posteriormente ante la SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A., verificada en abril de 2002. **SEGUNDO: CONDENAR** a la administradora de fondos de pensiones AFP PORVENIR S.A., a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de EFRAÍN MONTEJO ÁNGEL, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la AFP PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación del demandante EFRAÍN MONTEJO ÁNGEL, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y a tenerlos como semanas efectivamente cotizadas. **CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las entidades demandadas. **QUINTO: CONDENAR** en costas a las demandadas sociedad AFP PORVENIR S.A. y sociedad PROTECCIÓN S.A. fijando como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para cada una de ellas y a favor del demandante EFRAÍN MONTEJO ÁNGEL. **SEXTO:** en caso de no ser apelada la presente decisión, remítase ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en grado jurisdiccional de consulta. (...)

El a quo fijó como problema jurídico determinar si el traslado es nulo o ineficaz para fijar la viabilidad de las pretensiones.

Para resolver indicó que las AFP deben acreditar el cumplimiento de su deber de información, asesoría y buen consejo, presupuesto de la libertad informada en la selección de régimen pensional, lo cual no logran en el caso, porque el formulario de afiliación por sí solo no demuestra tal cumplimiento.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que no procede el retorno al RPM por la restricción por edad, porque a las partes les incumbe la carga de la prueba y no se demostró un vicio del consentimiento y el afiliado indicó que su afiliación fue voluntaria y realizó traslados horizontales, además él también debía acudir suficientemente informado sobre un acto tan trascendente como la selección de régimen y no tiene un trato desigual a su favor

porque no tiene su capacidad jurídica afectada, además el retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera. En caso de confirmarse el fallo, solicitó la devolución de los valores de la CAIP sin descuentos (01:52:29 archivo “13.1 Audiencia”).

La demandada **PORVENIR** solicitó revocar el fallo. Indicó que el incumplimiento del deber de información no causa ineficacia porque no corresponde al evento descrito en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no se acreditó dolo o error, si se cumplió el deber de información conforme el formulario de afiliación, no era posible una proyección pensional de un derecho no consolidado, la afiliación genera obligaciones reciprocas y el **DEMANDANTE** no puede alegar que no se informó en 3 oportunidades con reuniones de más de 1 hora, no puede trasladarse la carga de la prueba y se creó **COLPENSIONES** y por ello nunca hubo la crisis que alegó el afiliado, además el deber de entregar comparaciones y proyecciones surge con los Decreto 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, tampoco se deben devolver los gastos de administración porque es el cobro por la gestión diligente y su traslado es un enriquecimiento sin causa de **COLPENSIONES** (01:55:16 archivo “13.1 Audiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo por ser conforme a derecho. La apoderada de **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, porque hay prohibición por edad para el retorno al RPM, no se acreditó vicio del consentimiento, no procede la inversión de la carga de la prueba, la AFP cumplió el deber de información conforme las normas vigentes al traslado, el afiliado es un profesional cuya capacidad no está afectada, no se consideró que el contrato causó obligaciones reciprocas y el fallo descapitaliza el RPM. La firma apoderada de **PORVENIR S.A.**, a través de la doctora Jessica Fernanda Girón Sánchez, identificada con CC 1.049.635.136 y TP 368.140 del C.S.J., solicitó revocar el fallo, porque si se cumplió el deber de información como demuestra el formulario de

afiliación, deber que se cumplió según las exigencias vigentes a la fecha del traslado, siendo la afiliación una relación jurídica administrativa donde no se pueden discutir las condiciones y efectos de la misma, por ello no se puede hablar de una posición desfavorable del afiliado, de otra parte, no procede la devolución de los gastos de administración. Agotado el término, la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **EFRAÍN MONTEJO ÁNGEL** nació el 06 de abril de 1959 (Pág. 18 archivo “01. 11001310503420190044300 (fls.1-253)”; **ii)** el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS desde el 1° de septiembre de

1995 al 30 de noviembre de 1999, cotizando 167,57 semanas (subcarpeta “CC-19385026” carpeta “01.3 ANEXO CD FOLIO 119”); **iii)** el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** del 13 de octubre de 1999, efectivo desde el 1° de diciembre de 1999 (Pág. 468 y 488 archivo “01. 11001310503420190044300 (fls.1-253)”); **iv)** el **DEMANDANTE** se trasladó a **PORVENIR S.A.** mediante formulario del 30 de abril de 2002, efectivo el 1° de junio de 2002 (Pág. 340 y 344 archivo “01. 11001310503420190044300 (fls.1-253)”); **v)** el **DEMANDANTE** se trasladó a la AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** mediante formulario del 25 de febrero de 2003, efectivo el 1° de abril de 2003 (Pág. 470 y 488 archivo “01. 11001310503420190044300 (fls.1-253)”); **vi)** el **DEMANDANTE** se trasladó a **PORVENIR S.A.** mediante formulario del 23 de octubre de 2003, efectivo desde el 1° de diciembre de 2003, AFP donde permanece afiliado y donde acumula 1163 semanas cotizadas a febrero de 2019 (Pág. 340, 34 y 358 archivo “01. 11001310503420190044300 (fls.1-253)”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS y posteriores traslados de AFP, ordenó devolver los valores recibidos, actualizar la historia laboral en el RPM, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las AFP.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que no procede el retorno al RPM por la restricción por edad, el afiliado no probó vicio del consentimiento y al contrario señaló que su afiliación fue voluntaria y realizó traslados horizontales, no hay un trato a favor del afiliado y aquel fue negligente en estar informado, además el retorno afecta la sostenibilidad financiera del RPM, en caso de confirmarse el fallo, solicitó la devolución de los valores de la CAIp sin descuento.

La demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Alegó que el incumplimiento del deber de

información no causa ineficacia y además dicho deber si se cumplió conforme el formulario de afiliación, no se acreditó dolo ni error, no era posible la proyección pensional, la afiliación genera obligaciones reciprocas al afiliado y este no puede alegar que no se informó a pesar de tener 3 oportunidades, no procede la inversión de la carga de la prueba, se creó **COLPENSIONES** y ello desvirtúa la crisis del RPM y el deber de comparaciones surge con normas posteriores al traslado, además no procede la devolución de gastos de administración.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que

las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca</i>

		<i>de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisoriales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente

que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero señalar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las

AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019, SL4025 de 2021, SL1891 de 2022, entre otras, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE** o en sus traslados horizontales, las **AFP DEMANDADAS** brindaran asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias del traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no se

acredita con la mera firma del formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por tanto, es razonable inferir que las **AFP DEMANDADAS** no demuestran el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, el **DEMANDANTE** no confesó ningún hecho en su interrogatorio, por cuanto indicó que la asesoría de la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** se limitó a asegurar que el ISS no podía garantizar las pensiones y que era mejor tener una CAIP, sin exponer mayor conocimiento sobre las características de los regímenes pensionales, por tanto, no hay confesión de que las **AFP DEMANDADAS** cumplieron diligentemente su deber de asesoría, información y buen consejo.

Así las cosas, se confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se accede a la suplicas de las apelantes de considerar que el afiliado ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS por los años de vinculación a dicho régimen, porque la mera permanencia en el RAIS u otros actos como el traslado horizontal, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y del riesgo financiero que asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras. Así mismo, no se accede a las suplicas de considerar inoponible la ineficacia del traslado, porque al declararse sin efectos jurídicos el mismo, la consecuencia necesaria es considerar al **DEMANDANTE** como afiliado del RPM.

Respecto el grado jurisdiccional de consulta, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al

fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. En tal sentido, se modificará la condena para precisar el alcance de la obligación a cargo de las **AFP DEMANDADAS**.

En consecuencia, se confirmará la decisión de ordenar a **COLPENSIONES** reactivar la afiliación del **DEMANDANTE** en el RPM y actualizar su historia laboral, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, reiterando que las **AFP DEMANDADAS** deben reintegrar al RPM todos los recursos que sirven para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019; SL4062 de 2021; SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo

propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado a dicha Sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral séptimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por dicha AFP con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

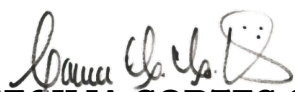
QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

En Uso de Permiso


CARMEN CÉCILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 36-2019-00080-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la **DEMANDANTE** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 11 de noviembre de 2021 del Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos por gastos de administración, reactivar la afiliación en el RPM y ordenó a **COLPENSIONES** a reconocer la pensión de vejez, declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de condena en costas (46:15 archivo “01. 2019-00080”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 4 a 14 archivo “01. Copia Demanda, Aviso Colpensiones Admisorio” carpeta “13. Expediente Reconstruido”).**

VIVIAN PATRICIA ZAMBRANO MARTÍNEZ solicitó declarar nulo su traslado al RPM al RAIS, reactivar su afiliación al RPM, condenar a **COLPENSIONES** a pagar la pensión de vejez a partir del 13 de abril de 2018, retroactivo pensional, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al extinto ISS el 27 de febrero de 1987 y aportó 606 semanas, que el 22 de junio de 2001 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.**, AFP que nunca le suministro información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que cumplió 57 años el 13 de abril de 2018 y tiene más de 1400 semanas cotizadas, por lo cual solicitó su retorno al RPM y su pensión de vejez a **COLPENSIONES** el 13 de abril de 2018, petición negada.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación al RPM, el traslado al RAIS y que negó la solicitud de la **DEMANDANTE**. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado de régimen, no obstante, no hay prueba de las falencias alegadas en la demanda, ni protesta o inconformidad alguna de la afiliada durante su permanencia en el RAIS, por cuanto las documentales acreditan todo lo contrario, esto es, que el formulario de afiliación tiene la manifestación escrita de haber recibido asesoría, además no es posible el retorno por la restricción por edad ni el traslado conforme la sentencia SU-062 de 2010. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, buena fe de **COLPENSIONES**, no hay derecho al pago del IPC, indexación o reajuste alguno, intereses moratorios ni indemnización moratoria, improcedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no agotamiento de la reclamación administrativa y la genérica (archivo “12. Contestación, Poder y Sustitución Colpensiones” carpeta “13. Expediente Reconstruido”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se allanó a las pretensiones salvo la condena en costas, por cuanto no se opone a

la demanda (archivo “17. Escrito Allanamiento Colfondos” carpeta “13. Expediente Reconstruido”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (46:15 archivo “01. 2019-00080”).

El 11 de noviembre de 2021, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora VIVIAN PATRICIA ZAMUDIO ZAMBRANO (Sic), del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1° de agosto de 2001 a través de la AFP COLFONDOS. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS (Sic) a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la DEMANDANTE, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o por cualquier otro tipo de concepto. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de VIVIAN PATRICIA ZAMUDIO ZAMBRANO (Sic). CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- a reconocer y pagar la pensión de vejez a la DEMANDANTE, una vez ésta se desafilie del sistema, teniendo en cuenta para el efecto hasta la última semana de cotización y procediendo a liquidar la pensión acorde a lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993. QUINTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción. SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. SÉPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del Código del Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social (...).”

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer la procedencia de las pretensiones elevadas.

Para resolver indicó que la AFP no acreditó el cumplimiento diligente de su deber de información, asesoría y buen consejo, presupuesto necesario para la libertad de selección de régimen, al punto que **COLFONDOS S.A.** se allanó a las pretensiones, por lo cual declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS. De otra parte, señaló que

la **DEMANDANTE** nació el 11 de abril de 1961 y cumplió 57 años el 11 de abril de 2018 y 1484 semanas cotizadas, por lo cual declaró que tiene derecho a la pensión de vejez, no obstante, no es posible liquidar la pensión ni su fecha de disfrute, porque sigue afiliada y efectuando aportes, por ello ordenó su reconocimiento una vez se desafilié.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La **DEMANDANTE** solicitó acceder al pago de la pensión de vejez y retroactivo pensional, porque en la audiencia del artículo 77 CPTSS determinó que mi cliente dejó de cotizar y se aportó la historia laboral y la solicitud expresa de ya no efectuar más aportes a pensión y reclamar la pensión, por lo cual procede el pago de la prestación desde la última cotización (48:27 archivo “01. 2019-00080”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que si bien la AFP se allanó, **COLPENSIONES** no debe ser condenada por un traslado en que no participó, ni debe cargar las consecuencias de la falta de diligencia del afiliado respecto su situación pensional ni por la negligencia de la AFP, solicitó aplicar la sentencia SL373 de 2021 ya que la afiliada cumple los requisitos para acceder a la pensión en el RAIS, providencia que protege a terceros, cualquier irregularidad en la nulidad del 2001 se saneó por los años que estuvo en el RAIS sin intentar trasladarse al RPM y, además, el reconocimiento de la pensión en el RPM afecta la sostenibilidad fiscal aún si se devuelven todos los aportes, por lo cual solicitó aplicar el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 (54:55 archivo “01. 2019-00080”)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado principal del **DEMANDANTE** sustituyó poder al doctor Sergio David Montero Martínez, identificado con CC 80.803.667 y TP 279.770 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha parte, quien solicitó acceder a su recurso de apelación y pagar la pensión desde mayo de 2018, por cuanto la afiliada solicitó a **COLFONDOS S.A.** dejar

de cotizar para reclamar la pensión, lo que denota su voluntad de desafiliarse del sistema a partir de su última cotización. De otra parte, **COLPENSIONES** otorgó poder a World Legal Corporation S.A.S., identificada con NIT 900390380, quien sustituyó poder a la doctora Ana Milena Ospina Bermejo, identificada con CC 1.110.529.057 y TP 288.991 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, sin perjuicio de las eventuales actuaciones que se adelantes conforme el numeral 20 del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, quien solicitó revocar el fallo porque solo hasta recibir los aportes del RAIS puede determinarse si hay derecho a la pensión y las condiciones de la misma, de otra parte solicitó aplicar la sentencia SL373 de 2021, además la afiliación al RAIS es valida porque la **DEMANDANTE** dejó manifestación escrita de haber recibido información y en su interrogatorio señaló características del RAIS, a la vez que fue descuidada en cumplir sus deberes como consumidora financiera, así mismo, no procede el retorno al RPM por la restricción por edad y el deber de información de 2001 no implicaba hacer comparaciones o proyecciones, por último, señaló que el traslado afecta la sostenibilidad financiera del RPM. Agotado el termino, la apoderada de **COLFONDOS S.A.** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.** y la procedencia de condenar al reconocimiento de la pensión de vejez, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **VIVIAN PATRICIA ZAMBRANO MARTÍNEZ** nació el 11 de abril de 1961 (archivo “02. C. C. Vivian Zambrano” carpeta “13. Expediente Reconstruido”); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS desde el 1º de marzo de 1988 al 30 de junio de 2001, cotizando 606 semanas (subcarpeta “13. Expediente administrativo” carpeta “13. Expediente Reconstruido”); **iii)** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **COLFONDOS S.A.** del 22 de junio de 2001, efectivo desde el 1º de agosto de 2001, AFP donde permanece vinculada y donde acumula 1484 semanas cotizadas a abril de 2019 (archivo “04. Formulario vinculación Vivian Zambrano” carpeta “13. Expediente Reconstruido”; carpeta “20. Colfondos allega historial de vinculaciones SIAFP 11.11.2021”; carpeta “18. Parte dte allega Historia Laboral 01.09.2021”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos por gastos de administración, reactivar la afiliación en el RPM y ordenó a **COLPENSIONES** a reconocer la pensión de vejez, declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de condena en costas.

La **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación y solicitó acceder al pago de la pensión de vejez y retroactivo pensional. Indicó que en la audiencia del artículo 77 CPTSS se determinó que la afiliada dejó de cotizar para reclamar la pensión, hecho que se acredita con la

historia laboral y solicitud de no hacer aportes y reclamar la pensión, por lo cual se debe reconocer la prestación desde la última cotización.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Señaló que si bien la AFP se allanó, **COLPENSIONES** no debe ser condenada por un traslado en que no participó, ni cargar las consecuencias de la falta de negligencia del afiliado o de la AFP, solicitó aplicar la sentencia SL373 de 2021 que protege a terceros, que cualquier irregularidad en el traslado se saneó por el tiempo de permanencia en el RAIS, que el reconocimiento de la pensión afecta la sostenibilidad fiscal a pesar de devolver los aportes, por lo cual debe aplicarse el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de

suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información,</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del</i>

<i>asesoría y buen consejo</i>	<i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero señalar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,

normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019, SL4025 de 2021, SL1891 de 2022, entre otras, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, las **AFP DEMANDADA** brindó

asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias del traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acredita con la mera firma del formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por tanto, es razonable inferir que la **AFP DEMANDADA** no demuestra el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** no confesó ningún hecho en su interrogatorio, por cuanto indicó que la asesoría de **COLFONDOS S.A.** se limitó a señalar que el ISS se iba a liquidar, señalando que no hubo tiempo para realizar preguntas ni mayor explicación sobre las características de los regímenes pensionales, por tanto, no hubo confesión que permita concluir que la **AFP DEMANDADA** cumplió diligentemente su deber de asesoría, información y buen consejo.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se accede a la suplicas de **COLPENSIONES** de declarar que el afiliado ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS por los años de vinculación a dicho régimen, porque la mera permanencia en el RAIS no denota una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y del riesgo financiero que asume el afiliado permanecer en el uno o en el otro, tal y como ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras.

Así mismo, no se accede a las suplica de **COLPENSIONES** de considerar inoponible la ineficacia del traslado porque no participó en el traslado ni debe asumir las consecuencias de la falta de diligencia de la afiliada y la AFP, porque al declararse sin efectos jurídicos el mismo, la consecuencia necesaria es considerar a la **DEMANDANTE** como afiliada del RPM, el cual es administrado por dicha Entidad.

Respecto el grado jurisdiccional de consulta, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. En tal sentido, se modificará la condena para precisar el alcance de las obligación a cargo de la **AFP DEMANDADA**.

En consecuencia, se confirmará la decisión de ordenar a **COLPENSIONES** reactivar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, reiterando que la **AFP DEMANDADA** debe reintegrar al RPM todos los recursos que sirven para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, en consideración que la **DEMANDANTE** cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por cuanto tiene más de 57 años y 1300 semanas cotizadas (archivo “02. C. C. Vivian

Zambrano” carpeta “13. Expediente Reconstruido”; carpeta “18. Parte dte allega Historia Laboral 01.09.2021”).

A pesar de que se confirma el reconocimiento de la pensión de vejez, la Sala no accede al recurso de apelación de la **DEMANDANTE**, por cuanto el pago de la pensión solo podrá efectuarse cuando la **AFP DEMANDADA** traslade las sumas ordenadas a **COLPENSIONES**, sin lo cual no es posible fijar aspectos determinantes de la prestación, como lo es el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, IBL y fecha de disfrute de la pensión. En dicho sentido se precisará la condena impuesta en la sentencia de primera instancia.

Finalmente, respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019; SL4062 de 2021; SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones

que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha Sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **COLFONDOS S.A.** con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **INDICAR** que el reconocimiento de la pensión de vejez a la **DEMANDANTE** solo procede, una vez **COLFONDOS S.A.** realice el traslado de las sumas ordenadas, momento a partir del cual **COLPENSIONES** podrá fijar aspectos determinantes de la prestación señalada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, como lo es el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, IBL y fecha de disfrute de la pensión.

TERCERO: ADICIONAR el numeral octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 37 2019 00647 01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida el 11 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de prestación de servicios y se condenó a la demandada al pago de honorarios profesionales.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

SANDRA CRISTINA GOMEZ ANDRADE, presentó demanda ordinaria laboral en contra de SERVICIO INTEGRAL MEDICO ESPECIALIZADO EN SALUD OCUPACIONAL, ESCOLAR Y LABORATORIO CLINICO – SIMSE LTDA. con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios para toma de muestras de laboratorio clínico. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene a la demandada al pago de \$41.125.150 por concepto de honorarios profesionales, intereses

moratorios desde el 31 de marzo de 2016 hasta el mes de abril de 2018, fecha en que presentó la solicitud de conciliación por la suma \$11.055.838 y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que es bacterióloga de profesión; que aproximadamente en el año 2015 inició una relación comercial con la demandada que se materializó con un contrato de prestación de servicios verbal que tenía por objeto la toma y procesamiento de muestras de laboratorio clínico. Preciso que durante una auditoría, se hizo necesario firmar un contrato escrito, el cual está en poder de la demandada; pactaron que mensualmente se liquidarían las muestras tomadas y dentro de los cinco primeros días del mes radicaría las cuentas de cobro; que en el año 2016, con el fin de hacer más sencilla la labor, trasladó sus equipos a las instalaciones de la demandada, previo acuerdo verbal con la gerente de la demandada.

Señaló que aunque la demandada realizó algunos pagos, éstos se realizaban fuera de la fecha pactada y con abonos parciales, sin embargo, continuaba prestando el servicio; que desde el día 28 de febrero de 2018 suspendió la prestación del servicio y retiró sus equipos, pues la demandada se había desentendido completamente de los pagos; que desde entonces, en reiteradas oportunidades ha solicitado el pago de lo adeudado y la demandada no ha demostrado intención de pago. Finalmente, refiere que citó a la demandada a una conciliación a la Procuraduría General de la Nación el día 24 de mayo de 2018, y ésta se negó a conciliar teniendo en cuenta que ahora pretende cobrar arriendos, servicios no estipulados y además desconoce algunas cuentas de cobro, a pesar de que tienen el sello de recibido de la empresa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SIMSE LTDA. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la profesión de la

demandante y que adeuda algunas cuentas de cobro, que no ha cancelado porque debe compensar algunos valores que adeuda la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Como excepciones propuso las de inexistencia de un contrato presuntamente verbal de prestación de servicios entre la señora Sandra Cristina Gómez Andrade y Servicio Integral Médico Especializado en Salud Ocupacional Escolar y Laboratorio Clínico – SIMSE Ltda., inexigibilidad de las sumas de dinero pretendidas por la demandante, cobro de lo no debido, existencia de contrato escrito de prestación de servicios entre las partes que subsume cualquier acuerdo verbal anterior, pago de las obligaciones dinerarias pretendidas y compensación de las obligaciones entre las partes como modo de extinguir las obligaciones (fls. 83 a 94).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 11 de junio de 2021, declaró la existencia de un contrato de prestación de servicios y condenó a la demandada al pago de honorarios profesionales e intereses legales. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante SANDRA CRISTINA GOMEZ y la demandada SERVICIO INTEGRAL MEDICO ESPECIALIZADO EN SALUD OCUPACIONAL, ESCOLAR Y LABORATORIO CLINICO – SIMSE LTDA. existió un contrato de prestación servicios, para que la demandante desarrollara las funciones inherentes al cargo de bacterióloga, desde el 1° de septiembre de 2015 al 28 de febrero de 2018. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada SERVICIO INTEGRAL MEDICO ESPECIALIZADO EN SALUD OCUPACIONAL, ESCOLAR Y LABORATORIO CLINICO – SIMSE LTDA. a reconocer y pagar al demandante la suma de \$29.375.146 por concepto de honorarios, conforme la parte motiva de la decisión. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada SERVICIO INTEGRAL MEDICO ESPECIALIZADO EN SALUD OCUPACIONAL, ESCOLAR Y LABORATORIO CLINICO – SIMSE LTDA. a pagar interés legal dispuesto en

el artículo 1617 del Código Civil, calculado sobre el valor de la obligación, calculado a partir de la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones principales propuestas por la parte demandada y declarar parcialmente probada la excepción de subsidiaria de pago, ya aplicada al valor de la obligación establecida en esta decisión judicial. **QUINTO: COSTAS** a cargo de la parte demandada. Tásense por secretaría incluyendo la suma de \$500.000 a favor de la parte demandante”.

El Juez fijó el problema jurídico en definir la existencia de un contrato de prestación de servicios y determinar si la demandada adeuda valor alguno por concepto de honorarios. Para resolverlo indicó que de las pruebas aportadas al expediente se deduce que entre las partes existió un contrato civil de prestación de servicios, en el cual la parte demandante se obligó a prestar sus servicios como bacterióloga en las instalaciones de la demandada y el cual se ejecutó entre el 1° de septiembre de 2015 y el 28 de febrero de 2018. Sobre la remuneración pactada, señaló que dentro del contrato celebrado entre las partes se estableció que la demandada pagaría las cuentas de cobro presentadas por la demandante y que además la representante legal de la demandada aceptó en diligencia de interrogatorio de parte, que adeudaba algunas cuentas de cobro radicadas por la actora, por ello el juez, tuvo como remuneración el valor de la cuentas de cobro radicadas ante la demandada y donde se discriminaba de manera detallada los servicios prestados. Definió, luego de descontar los pagos parciales realizados por la demandada, que ésta adeuda a la demandante la suma de \$29.375.146 por concepto de honorarios. Condenó al pago de los intereses legales a partir de la ejecutoria de la sentencia.

III. RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandada solicita que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto impone condena al pago de honorarios e intereses moratorios. Para sustentar el recurso

aduce que de acuerdo a la orden de prestación de servicios N° 140, entre las partes existió un contrato de prestación de servicios desde el 1° de septiembre de 2015, pero éste no se extendió hasta febrero de 2018, como lo definió el juez en la sentencia, pues dicho contrato estableció una vigencia hasta agosto de 2016, que fue renovándose de manera sucesiva, pero no obra prueba de la fecha de terminación en cuanto las partes nunca realizaron un documento que formalizara tal finalización. Señala que la demandada no incurrió en incumplimiento alguno, pues los documentos aportados acreditan los pagos que fueron realizados a la demandante en ejecución del contrato, dice además, que las cuentas de cobro aportadas no son prueba suficiente de que se adeudan valores a la demandante, y que de todas formas tampoco se tuvieron en cuenta la totalidad de los pagos realizados a la actora. Agrega que no todas las cuentas de cobro presentadas contienen la relación de los servicios prestados y ello las invalida, en la medida que es un requisito definido en el contrato, además que no puede establecerse el origen de los servicios prestados, si en efecto éstos correspondían a pacientes de SIMSE, y tampoco se deduce cual fue la tarifa pactada para establecer que en efecto se adeudan dichas sumas de dinero. Sobre los intereses moratorios, refirió que si no es posible establecer la cuantía del capital no podría tampoco condenarse al pago de este estipendio.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados no presentaron alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 66ª del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir los extremos en que se ejecutó el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes; si existen sumas de dinero pendientes por cancelar causadas con ocasión del contrato y en dado caso si es procedente la condena al pago de intereses legales.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de la controversia que: *i)* entre las partes existió un contrato de prestación de servicios desde el 1º de septiembre de 2015, mediante el cual la demandante se obligaba a prestar sus servicios como bacterióloga a SIMSE LTDA. (fl. 90).

- Sobre el contrato de prestación de servicios

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio conviene precisar que no es objeto de controversia en esta instancia que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios desde el 1º de septiembre de 2015, mediante el cual la demandante se comprometió a realizar las actividades propias del ejercicio de la profesión de bacterióloga.

Debe establecer la Sala el extremo final de dicha relación, en cuanto la apoderada de la parte demandada aduce en el recurso que no existe prueba dentro del expediente que acredite que la vigencia del mismo, se extendió hasta el 28 de febrero de 2018, tal como lo definió el juez de primera instancia.

Una vez revisado el expediente, se advierte que si bien la orden de prestación de servicios N° 140 que se encuentra a folio 90 del expediente, establece que la vigencia del contrato sería entre el 1° de septiembre de 2015 y el 30 de agosto de 2016, lo cierto es que de las afirmaciones realizadas por la misma demandada en la contestación de la demanda, se infiere que dicho contrato estuvo vigente hasta febrero de 2018, pues en la contestación al hecho 10 de la demanda, la demandada manifestó: *“De tal manera esa sería la única razón por la cual la demandante permaneció prestando sus servicios a mi mandante hasta el mes de febrero de 2018 ya que los meses subsiguientes continuo atendiendo sus pacientes particulares”*, de dicha afirmación, entiende la Sala que la demandada acepta, que por lo menos hasta esa fecha se mantuvo vigente el contrato de prestación de servicios.

Resuelto lo anterior, pasa la Sala a definir lo relacionado con el pago de honorarios que reclama la parte demandante.

Sobre la Carga de la Prueba en la Reclamación de Pago de Honorarios Profesionales.

Definida la existencia del contrato, debe verificar la Sala si las partes pactaron de manera expresa el valor del contrato y la forma en que éste se pagaría.

Al revisar el contenido de la orden de prestación de servicios N° 140 (fl. 90), se advierte que en dicho contrato se estableció lo siguiente sobre el valor: *“Por la prestación de los servicios objeto de la presente orden, SIMSE LTDA. cancelará el valor de cada examen realizado a las tarifas pactadas por ambas partes y que se encuentran como anexo al presente documento. FORMA DE PAGO: SIMSE LTDA cancelará la suma estipulada, previa presentación de la cuenta de cobro y/o documento equivalente con los consolidados de actividades realizadas, registros de actividades y con el último recibo*

de pago de aportes a EPS; ARL y fondo de pensión. El pago se efectuará con cargo a la cuenta corriente de SIMSE LTDA, al rubro de gastos de operación. De los pagos se hará el descuento de los valores correspondientes a la retención en la fuente y reteica de conformidad con la normatividad vigente”.

Del contenido de dicho acuerdo, se deduce que el valor del contrato estaba sujeto al valor de cada examen realizado, que el valor de los exámenes corresponde a las tarifas que fijaron ambas partes, en un anexo que no se aportó al expediente y que para cancelar estos valores debía entregarse una cuenta de cobro con la relación o consolidación de las actividades realizadas. Por ello, la parte demandante, quien pretende el pago de los honorarios que aduce causados en virtud del contrato de servicios profesionales, debía acreditar cual era valor de las tarifas fijadas y la presentación de las cuentas de cobro con las respectivas relaciones de las actividades realizadas, tal como se estableció en el contrato de prestación de servicios suscrito.

Una vez revisado el expediente, se advierte que al proceso no se aportó el acuerdo del valor que las partes darían a cada examen realizado, y si bien se allegaron una serie de cuentas de cobro, éstas no pueden tenerse como prueba cierta de valores adeudados por la demandada por la ejecución del contrato en cuestión. Nótese, que el contrato suscrito entre las partes, establece como regla para la presentación de las cuentas de cobro, la relación de las actividades realizadas, es decir, los servicios que se cobran en cada cuenta presentada, no obstante, al proceso nada se allegó al respecto, pues solo se allegan las cuentas de cobro con el respectivo recibido (fls. 11 a 27) sin la relación de servicios prestados.

A juicio de la Sala, y contrario a lo que definió el juez de primera instancia, para el Tribunal las cuentas de cobro aportadas no son prueba suficiente de los honorarios que se reclaman, pues corresponden a documentos elaborados por la misma parte, donde

se realiza la manifestación de que se le adeuda una suma de dinero, sin que se aporte la relación de servicios que se afirma enviada en tales documentos. De la sola elaboración de dichas cuentas y su recibido ante la demandada, no puede concluirse de manera cierta que en efecto, éstos sean los valores adeudados, menos aun cuando se desconoce cuáles son los servicios que se cobran y a cuanto corresponde la tarifa fijada.

Conviene precisar al efecto, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos similares, donde se reclama el reconocimiento y pago de honorarios profesionales y donde no se acredita el valor pactado, ha dicho que la persona que pretenda la fijación del valor de los honorarios por parte del juez laboral debe acreditar: **i)** que realmente prestó servicios a su cliente; y **ii)** cual era el monto de sus honorarios, es decir, lo que acostumbran cobrar los abogados (en el caso definido por la Corte, léase profesional) teniendo en cuenta la naturaleza, cantidad, calidad e intensidad, entre otros aspectos pertinentes, relativos a la gestión cumplida. Dice la Corte que dicha remuneración usual se prueba en los términos del artículo 189 del CPC hoy 178 del CGP con apoyo en peritos, testimonios o documentos tales como las tarifas de los colegios de abogados aprobadas por el Ministerio de Justicia. (Sentencia SL 11265-2017).

Aplicando el derrotero general que plantea dicha jurisprudencia, a este caso específico, la demandante para obtener el valor de los honorarios que reclama, ante la falta de prueba del valor pactado, debía acreditar cuales fueron los servicios que prestó y así mismo, cual es la remuneración usual por ese tipo de servicios, a través de los medios probatorios pertinentes.

Nada diferente se extrae del testimonio rendido por AYDE BELTRAN ESCOBAR (Cd. 4, audio 4, min. 51:12), DIANA MARCELA RUIZ RINCON (audio 4 hora 01:14:57), CLAUDIA CECILIA RODRIGUEZ JAIMES (audio 4, hora 01:38:57), JUAN LEONARDO

FOLIACO DIAZ (audio 01:57:15), LUIS ALBERTO MUÑOZ ISAZA (audio 3, min. 03:52) y del interrogatorio de parte absuelto por la demandada (Cd. 4, audio 4, min. 07:53), pues, aunque ésta última reconoce que adeuda una suma de dinero a la demandante, nunca específica a cuanto equivale la deuda, y de las manifestaciones realizadas por los testigos, nada se obtiene sobre el valor del contrato, o las sumas que la demandante afirma se le adeudan por parte de la demandada, pues ninguna afirmación realizaron al respecto.

En los anteriores términos, resultaba imposible imponer condena, teniendo como base, únicamente, los valores establecidos en las cuentas de cobro que presentó la demandante, pues de ellas, solo se advierten los valores cobrados, sin que pueda establecerse exactamente a qué servicios corresponden y si están o no de acuerdo a las tarifas pactadas, o por lo menos a las que normalmente se cobran en el mercado por este tipo de servicios.

Por las anteriores razones, debe la Sala revocar la sentencia de primera instancia, respecto de los numerales segundo en adelante, para en su lugar absolver a la demandada de la condena impuesta por concepto de honorarios e intereses moratorios.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

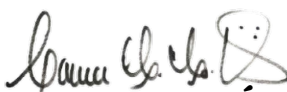
PRIMERO: REVOCAR los numerales SEGUNDO, TERCERO, CUARTO y QUINTO de la sentencia de primera instancia para en su lugar ABSOLVER a la demandada de las condenas impuestas, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 38-2019-00212-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de ambas partes contra la sentencia del 19 de mayo de 2021 del Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre las partes hubo un contrato de trabajo, condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones indexadas, indemnización por despido indexada, indemnización moratoria y costas (01:06:20 archivo “07AudienciaArt80”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 65 a71 archivo “01CuadernoFisico”).**

ANDERSON MIGUEL QUILA VARGAS demandó a **I & M INGENIERÍA LTDA.** y solicitó declarar que entre las partes hubo un contrato de trabajo del 24 de marzo de 2017 al 11 de noviembre de 2017, por obra o labor y en su defecto a término indefinido, que fue despedido sin justa causa y deben prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido y moratoria, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que firmó contrato de trabajo por obra o labor determinada para el cargo de soldador, sin especificar cuál era la obra, que prestó su servicio de lunes a viernes de 7:30am a 5:00pm y sábados de 7:30am a 1:00pm y con un salario de

\$1.500.000 y el auxilio de transporte. Afirmó que el 11 de noviembre de 2017 fue despedido sin justa causa luego de manifestar a su empleador que no podía trabajar el 12 y 13 de noviembre de 2017, días de descanso obligatorio, sin que nunca las partes acordaran que dichos días debían ser laborados regularmente o por orden del empleador, quien no le dio aviso con la debida antelación sino hasta el 11 de noviembre de 2017. Señaló que no le pagaron las prestaciones sociales ni vacaciones, que su empleador no asistió a la diligencia de conciliación del 18 de abril de 2018 sin justificación alguna, tampoco se le informó el estado de pago de sus aportes por los últimos tres meses laborados.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

Por auto del 02 de diciembre de 2019, se tuvo por no contestada la demanda, porque no se subsanaron las falencias señaladas en el auto del 07 de noviembre de 2019 que inadmitió la contestación de la demanda (pág. 103 a 105 archivo “01CuadernoFisico”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:06:20 archivo “07AudienciaArt80”).

El 19 de mayo de 2021, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante ANDERSON MIGUEL QUILA VARGAS y la sociedad I&M INGENIERIA LTDA, existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente en el lapso comprendido entre el 24 de marzo y el 11 de noviembre de 2007 (Sic), en el marco del cual se desempeñó como soldador percibiendo una asignación salarial de \$1.500.000, lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la Demandada I&M INGENIERIA LTDA a pagarle al demandante ANDERSON MIGUEL QUILA VARGAS las sumas que a continuación se indican por los siguientes conceptos: **a)** \$950.000 por cesantías; **b)** \$114.000 por concepto de intereses de cesantías; **c)** \$950.000 por prima de servicios; **d)** \$475.000 por compensación en dinero de vacaciones; **e)** \$1.500.000 por indemnización por despido sin justa causa comprobada; **f)** \$36.000.000 por concepto de indemnización por falta de pago en los términos del artículo 65 CST modificado por el*

*artículo 29 de la ley 789 de 2002. Los valores por concepto de indemnización por despido sin justa causa y compensación en dinero de vacaciones deberán ser indexados tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE, de acuerdo con la fórmula: ÍNDICE FINAL sobre ÍNDICE INICIAL por VALOR HISTÓRICO que corresponde al valor de cada una de estas condenas igual a VALOR INDEXADO, igual, como índice inicial se deberá tomar el correspondiente al del mes de noviembre del año 2017 y como índice final el del mes en que se verifique el pago por parte de la accionada. Todo lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. **TERCERO: EXCEPCIONES** En el informativo no hay lugar a emitir pronunciamiento alguno en la medida que se tuvo por no contestada la demanda. **CUARTO: ABSOLVER** a la DEMANDADA de la súplica de la demanda relacionada con indexación de condenas de carácter prestacional. **QUINTO: COSTAS.** Lo serán a cargo de la DEMANDADA. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$ 3.000.000 en favor del DEMANDANTE. (...).”*

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer la viabilidad de acceder a las pretensiones.

Para resolver indicó que se acreditó que entre las partes hubo un contrato de trabajo del 24 de marzo de 2017 al 11 de diciembre de 2017 con un salario de \$1.500.000, a término indefinido porque no se precisó la obra o labor específica por la cual se vinculó al trabajador. Ordenó la indemnización por despido porque la carta de terminación no precisó las condiciones del presunto incumplimiento que configuró la justa causa alegada. Ordenó el pago de prestaciones sociales y vacaciones porque no se acreditó su pago, la indemnización moratoria porque las dificultades económicas de la **DEMANDADA** no la excusan del pago de los derechos laborales, más aún cuando la terminación del contrato fue en 2017, la indexación de vacaciones e indemnización por despido y condenó en costas a la **DEMANDADA**.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó los intereses moratorios desde el mes 25 en adelante y hasta el pago de las prestaciones sociales adeudadas, porque el artículo 65 CST y la interpretación de la H. CSJ indican que si la demanda se radica en los 24 meses siguientes a la terminación

del contrato, por los primeros 24 meses se aplica un día de salario por cada día de mora y desde el mes 25 aplican los intereses moratorios (01:11:33 archivo “07AudienciaArt80”).

La **DEMANDADA** solicitó revocar la condena a la indemnización moratoria, porque conforme la H. CSJ no se presume la mala fe ante la falta de pago de las prestaciones sociales a la terminación del contrato, por ende, no se puede aplicar de forma automática la indemnización (01:13:33 archivo “07AudienciaArt80”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, ningún apoderado de las partes presentó alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos de los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el **DEMANDANTE** tiene derecho a la indemnización moratoria del artículo 65 CST, en caso afirmativo, establece si procede ordenar el pago de los intereses moratorios a partir del mes 25, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto, el *a quo* declaró que entre las partes hubo un contrato de trabajo, condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones indexadas, indemnización por despido indexada, indemnización moratoria y costas.

El apoderado del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación y solicitó condenar a los intereses moratorios causados sobre el saldo adeudado por prestaciones sociales, desde el mes 25 y hasta cuando se efectúe su pago.

El apoderado de la **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la indemnización moratoria, porque no se presume la mala fe ante la falta de pago de las prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre la indemnización moratoria del artículo 65 CST.**

La H. CSJ ha señalado que debido al carácter sancionatorio de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, su condena procede solo si se acredita la mala fe del empleador al omitir el pago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, por ende, si el empleador acredita razones objetivas de tal omisión no procede la condena, tal y como se ha señalado en las sentencias SL16884 de 2016, SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL1782 de 2020, SL2873 de 2020, SL314 de 2021, SL3467 de 2021, SL3564 de 2021, SL630 de 2022, entre otras.

De otra parte, la H. CSJ ha indicado, de manera pacífica, que si el trabajador devengó un salario superior a 1 SMLMV, el contrato de trabajo terminó en vigencia de la Ley 789 de 2002 y se radica la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del vínculo laboral, la indemnización moratoria del artículo 65 CST equivale a un (1) día de salario por los primeros 24 meses de mora y por los intereses moratorios sobre el valor adeudado por salarios y prestaciones sociales, a la tasa máxima señalada por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA para los créditos de libre asignación, a partir del mes 25 en adelante del incumplimiento y hasta tanto se efectúe el pago de los conceptos adeudados. Dicha

posición ha sido reiterada en las sentencias SL4429 de 2019, SL2854 de 2021, SL125 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, no existe ninguna controversia entre las partes respecto la decisión adoptada por el *a quo* de declarar que entre aquellas hubo un contrato de trabajo a término indefinido del 24 de marzo de 2017 al 11 de noviembre de 2017, con un salario de \$1.500.000, el cual terminó sin justa causa, siendo el único motivo de inconformidad la procedencia de la indemnización moratoria y, en caso de confirmar dicha condena, si proceden los intereses moratorios desde el mes 25 en adelante y hasta cuando se pague el saldo insoluto por prestaciones sociales.

El apoderado de la **DEMANDADA** alega que no procede la imposición automática de la indemnización moratoria, no obstante, a juicio de esta Sala, la decisión del *a quo* de condenar al pago de dicha sanción está sustentada en la conducta de **I & M INGENIERÍA LTDA.**, empresa que terminó el contrato de trabajo del **DEMANDANTE** el 11 de noviembre de 2017, sin que desde dicha fecha haya pagado las prestaciones sociales adeudadas por toda la relación laboral y que justifica dicha omisión en los presuntos problemas económicos de la compañía.

El artículo 218 CST, establece de forma expresa que el trabajador no asume los riesgos o pérdidas de su empleador, norma que la **DEMANDADA** desconoció al privarle del pago de sus prestaciones sociales, las cuales constituyen un derecho mínimo, irrenunciable y de orden público del trabajador, alegando dificultades económicas derivadas de presuntos embargos que efectuó la DIAN, hecho del cual no existe ninguna prueba en el expediente.

De otra parte, no pasar por alto esta Sala que la señora BLANCA CECILIA PÁEZ PINILLA, representante legal de la **DEMANDADA** conforme su certificado de existencia y representación legal (Pág. 12 a

16 archivo “01CuadernoFisico”), en su interrogatorio de parte confesó no ha pagado la liquidación final del trabajador y que la empresa no está en un proceso de reorganización ni liquidación, por cuanto si bien su interés es adelantarlos, no han iniciado las gestiones de dicho trámite (11:50 y 19:08 archivo “07AudienciaArt80”), aspecto relevante por cuanto si bien el suscrito magistrado ponente ha limitado el reconocimiento y cuantificación de la indemnización moratoria en los casos en que el empleador ingresa a procesos de reorganización o liquidación que le impiden disponer libremente de su patrimonio conforme la Ley 1116 de 2006, tal circunstancia no ocurre en el presente asunto donde la **DEMANDADA** confiesa que no ha iniciado el trámite de reorganización o liquidación.

De otra parte, no hay ninguna prueba o siquiera explicación que justifique porque la **DEMANDADA**, desde la terminación del contrato de trabajo el 11 de noviembre de 2017, permitió transcurrir más de tres años a la fecha del fallo de primera instancia sin realizar ninguna gestión o intento para cancelar, así fuera parcialmente, las prestaciones sociales que adeuda al **DEMANDANTE**, conducta que a juicio de esta Corporación evidencia el total desprecio y falta de ánimo de pago de los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.

Por las anteriores consideraciones, esta Sala confirmará la condena a la indemnización moratoria, pasando a resolver la controversia relativa a la procedencia de los intereses moratorios a partir del mes 25 y en adelante del incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales.

Conforme los antecedentes normativos expuestos, la sanción del artículo 65 CST no se limita únicamente a la suma de un día de salario por cada día de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales por los primeros 24 meses contados desde la terminación del contrato de trabajo, sino que en caso de persistir el incumplimiento también proceden los intereses moratorios sobre el valor adeudado por salarios y prestaciones sociales, a la tasa máxima señalada por la

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA para los créditos de libre asignación, a partir del mes 25 en adelante del incumplimiento y hasta tanto se efectúe el pago de los conceptos adeudados, tal y como ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL4429 de 2019, SL2854 de 2021, SL125 de 2022, entre otras.

Así las cosas, el fallo de primera instancia condenó al pago de \$950.000 por cesantías, \$114.000 por intereses a las cesantías y \$950.000 por prima de servicios, cifras sobre las cuales procede el cálculo de los intereses moratorios, calculados con la tasa máxima señalada por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA para los créditos de libre asignación, a partir del mes 25 de mora desde la terminación del contrato de trabajo, esto es, desde el 11 de noviembre de 2019 y hasta tanto se efectúe el pago de los conceptos adeudados, a cargo de la **DEMANDADA** y a favor del **DEMANDANTE**.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el literal f) del numeral segundo del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **I & M INGENIERÍA LTDA.** a pagar al demandante **ANDERSON MIGUEL QUILA VARGAS**, identificado con CC 1.033.716.194, a pagar la indemnización moratoria del artículo 65 CST, en cuantía de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$36.000.000) por el periodo del 11 de noviembre de 2017 al 10 de noviembre de 2019, junto con los intereses moratorios causados sobre el saldo insoluto por prestaciones sociales de DOS MILLONES CATORCE MIL PESOS M/CTE (\$2.014.000), liquidados la tasa máxima señalada por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA para los créditos de libre asignación, causados a partir del 11 de noviembre de 2019 y

hasta cuando se verifique su pago de las prestaciones sociales adeudadas al **DEMANDANTE**. Los demás apartes del literal f) del numeral segundo del fallo de primera instancia, relativos a la indexación de condenas, se mantienen incólumes.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás apartes de la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

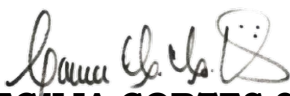
TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 39 2020 00052 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CARLOS JULIO ORTEGA OLAYA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al

Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 8 de marzo de 1964; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de enero de 1995 hasta el 30 de junio de 2000, y cotizó a dicha entidad un total de 220 semanas; que prestó servicios a la Universidad de la Salle entre el 17 de julio de 1989y el 7 de octubre de 1996 y durante ese tiempo le realizaron aportes al ISS; que el 22 de junio de 2000, se trasladó al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 25 de noviembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación inicial del actor a dicha entidad y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, Descapitalización del sistema, Inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada y no procedencia al pago en costas en instituciones administrativas de seguridad del orden público (Carpeta 6, Pdf. 4).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación del actor a dicho fondo, frente a los demás manifestó que

no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Carpeta 7, Pdf. 2).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 9 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor CARLOS JULIO ORTEGA OLAYA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 1° de agosto de 2000 es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media. **SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, éstas últimas debidamente indexadas, durante el tiempo que se encontraba afiliada la demandante, esto es desde el 01 de agosto de 2000 y hasta que se realice el traslado, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en el numeral anterior y que reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. **QUINTO: INFORMAR** a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener

*el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz, por parte de PORVENIR S.A. **SEXTO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.890.000. **SÉPTIMO: ORDENAR** la consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a COLPENSIONES”.*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado del actor es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que para el momento que se efectuó el traslado de régimen del actor, no existía obligación legal relacionada con la documentación de la información que se brindaba al afiliado, o que ésta debiera tener o cumplir unas condiciones específicas, pues para dicho momento la única exigencia era la suscripción del formulario de afiliación. Señala, que en el caso bajo estudio, no se acreditó la existencia de lesión o perjuicio alguno al demandante lo que torna improcedente la declaratoria de ineficacia del traslado. Solicita que en caso de confirmarse la decisión, se revoque en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración, pues frente a estos valores operó la excepción de prescripción y porque estos descuentos se encuentran debidamente autorizados por la ley.

El apoderado de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que el traslado del actor obedeció a una decisión libre y voluntaria, pues no se acreditó dentro del expediente la existencia de vicio en el consentimiento alguno, que además la decisión de permanecer en el RAIS fue voluntaria, y debe evaluarse que en el año 2014, la AFP demandada le informó que podía retornar al RPM y contaba con los elementos de juicio necesarios para definir las implicaciones de su permanencia en el RAIS, por ello, estima que no resulta procedente declarar la ineficacia, en cuanto el actor si recibió información sobre las implicaciones de su permanencia en el RAIS.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de PORVENIR presentó alegaciones y solicita que se revoque la decisión de primera instancia, al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy

PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 8 de marzo de 1964 (fl. 21, Pdf. 1); **ii)** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de junio de 1995 y el 30 de junio de 2000, por un total de 220 semanas (fl. 34, Pdf. 1); **iii)** que prestó servicios a la Universidad de la Salle entre el 17 de julio de 1989 y el 7 de octubre de 1996 y durante dicho lapso le realizaron aportes al ISS hoy COLPENSIONES (fl. 53, Pdf. 1); **iv)** que el 22 de junio de 2000, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (carpeta 6, Pdf. 2, fl. 55); **v)** que el 25 de noviembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 84, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>

<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este

deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor CARLOS JULIO ORTEGA OYALA se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 22 de junio de 2000, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (Carpeta 19, audio min. 20:44), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en el Hospital de Sasaima Cundinamarca, que al momento de la contratación, le pasaron el formulario de afiliación, que no recibió ninguna asesoría y que para hacer efectiva la contratación debía afiliarse. Señaló, que se trasladó por pura desinformación. Agregó, que posteriormente en el año 2019, se acercó a las oficinas de PORVENIR donde le dieron información sobre su situación pensional y le dijeron que en ese momento ya no podía regresar al RPM porque tenía una restricción por la edad.

Tampoco se deduce nada al efecto, del interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de PORVENIR (carpeta 19, audio, min. 11:08), pues al efecto solo manifestó que no estuvo presente en el momento en que se realizó la diligencia de traslado del actor y que no existe prueba documental de la información que recibió porque para ese momento no existía obligación legal de documentar tal actuación.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante

sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso la sentencia de primera instancia se confirmará en lo pertinente.

También se confirmará la sentencia en cuanto dispone informar a COLPENSIONES, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, que puede reclamar por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir como consecuencia de esta decisión.

Para resolver el argumento de apelación de COLPENSIONES, referido a que en el año 2015, el actor fue citado por la AFP PORVENIR para recibir asesoría sobre el traslado de régimen, antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, lo cierto es que si bien se aportó comunicación de fecha 6 de mayo de 2015, dirigida al actor (carpeta 7, Pdf. 2, fl. 56), dicho documento no tiene constancia de haber sido entregado al demandante y éste negó haber recibido tal documento en el interrogatorio de parte, por lo que tal comunicación no tiene ninguna incidencia en la controversia que se estudia.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo

por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO/ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

En Uso de Licencia


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 39 2020 00078 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLFONDOS y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

OLGA PATRICIA RIVERA GONZALEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al

Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 15 de abril de 1960; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 21 de septiembre de 1983 y el 30 de abril de 2004, y cotizó a dicha entidad un total de 857.14 semanas; que el 19 de abril de 2004, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen, que tampoco se le informó que tenía derecho de retracto y que no se le realizó una proyección de su mesada pensional en ambos regímenes su pensión; que el 13 de noviembre de 2019 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago en costas, innominada o genérica. (carpeta 9, Pdf. 2).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. no se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y el traslado a dicha

entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de buena fe, compensación y pago (carpeta 3, Pdf. 2).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 30 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora OLGA PATRICIA RIVERA GONZÁLEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., con efectividad a partir del 1° de junio de 2004 es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante todo el tiempo que se ha encontrado afiliada la demandante, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en el numeral anterior y que reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. **QUINTO: INFORMAR** a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara

*ineficaz, por parte de COLFONDOS S.A. **SEXTO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A. al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.890.000. **SÉPTIMO: ORDENAR** la consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a COLPENSIONES.”*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información, en cuanto no aportó prueba alguna en este sentido y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLFONDOS** pide que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento de este rubro se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, que la correcta administración de dichos dineros se refleja en los rendimientos obtenidos durante el tiempo de afiliación y que no es posible disponer su devolución, pues no existe un fundamento jurídico para ordenar la devolución de estos valores. Dice además que estos valores no se encuentran en poder de la entidad en cuanto tiene una destinación específica.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar el regreso de la demandante al RPM

porque quedó demostrado que el acto del traslado de régimen pensional es completamente válido, en cuanto se realizó de manera libre y voluntaria sin ningún tipo de presión. Agregó, que la demandante tampoco cumplió con el deber legal de mantenerse informada sobre sus condiciones pensionales, que al momento del traslado no era una obligación legal de las AFP documentar el tipo de información que le suministraban a sus afiliados y que exigirlo es una carga desproporcionada. Dice además, que debe tenerse en cuenta que la actora se encuentra incurso dentro de una prohibición legal para regresar al RPM.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. Por su parte el apoderado de la parte demandante, solicita que se confirme la decisión de primera instancia con fundamento en que se dan los presupuestos definidos en la jurisprudencia para declarar la ineficacia de traslado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con

solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 15 de abril de 1960 (Pdf. 1, fl. 19); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 21 de septiembre de 1983 y el 30 de abril de 2004, por un total de 857.14 semanas (Pdf. 1, fl. 27); **iii)** que el 19 de abril de 2004, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS (Pdf. 1, fl. 47); **iv)** que el 13 de noviembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 34, Pdf. 1).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>

<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que

el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta

por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora OLGA PATRICIA RIVERA GONZALES se trasladó a la AFP COLFONDOS el 19 de abril de 2004, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Carpeta 16, audio min. 11:48), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en una Institución Educativa, que los reunieron en un salón y les hicieron una reunión con asesores de COLFONDOS, la cual duró aproximadamente 15 minutos. Señaló, que lo único que les dijeron es que el Seguro Social iba ser liquidado y podrían quedarse sin pensión si no se trasladaban, que tendrían mayores beneficios pensionales en el RAIS y que existía mayor garantía sobre el derecho a la pensión.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la

AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP COLFONDOS, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adocrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima,

primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso la juez de primera instancia se confirmará en lo pertinente su decisión.

También se confirmará la sentencia en cuanto dispone informar a COLPENSIONES, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, que puede reclamar por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir como consecuencia de esta decisión.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

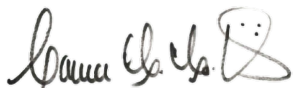
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 04 2020 00358 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCIÓN y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2021, por el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CARLOS ALBERTO FERNANDEZ RODRIGUEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM. Solicita además que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 28 de noviembre de 1957, que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 16 de agosto de 1982 y el 30 de junio de 2000, y cotizó a dicha entidad un total de 469.28 semanas; que el 25 de mayo de 2000, se trasladó al RAIS administrado por la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar a dicho régimen; que el 30 de marzo de 2015 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM y que a la fecha cumple los requisitos definidos en la Ley 100 de 1993, para causar el derecho a la pensión de vejez.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la demandante a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de la causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (Pdf. 6, fls. 2 a 28).

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (Pdf. 7).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 7 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de Carlos Alberto Fernández Rodríguez a la Administradora De Fondo De Pensiones y Cesantías Protección S.A., realizada en junio del año 2000, por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad y por tanto siempre permaneció en el Régimen De Prima Media Con Prestación Definida. **SEGUNDO: CONDENAR** a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones debidamente indexadas por el periodo en

que la demandante permaneció afiliada a esa administradora.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a que una vez se efectúe el anterior trámite acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **SEXTO: CONDENAR** en costas a la demandada Protección S.A. Fijense las agencias en derecho por la suma de un salario mínimo. **SÉPTIMO: CONCEDER** el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en consecuencia, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral.”

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado del actor es ineficaz. Sobre el reconocimiento de la pensión. Sobre el reconocimiento de la pensión solicitada, señaló que en este momento no es procedente realizar el estudio de la prestación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley, y que dichos valores están destinados a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación de un afiliado. Señala que a los demás descuentos

efectuados se les dio la destinación que la ley ordena y por ello dichos valores no se encuentran en poder de la entidad.

La apoderada de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la entidad no puede resultar perjudicada con una decisión que define la responsabilidad de otra entidad en el traslado de régimen del demandante, que la entidad que representa no tuvo injerencia alguna en el traslado y que esta decisión atenta contra el principio de la sostenibilidad financiera del sistema.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones y solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP SANTANDER hoy

PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 28 de noviembre de 1957 (Pdf. 1, fl. 55); **ii)** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 16 de agosto de 1982 y el 30 de junio de 2000, por un total de 469.28 semanas (fl. 58, Pdf. 1); **iii)** que el 25 de mayo de 2000, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN (fl. 81, Pdf. 6); **iv)** que el 30 de marzo de 2015 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 80, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>

<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que

el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta

por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor CARLOS ALBERTO FERNANDEZ RODRIGUEZ se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN el 25 de mayo de 2000, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (Carpeta 2, audio, min. 13:37), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en el Hospital de Kennedy y allí fue abordado por un asesor de un fondo que le dijo que el Hospital había autorizado que sus trabajadores se trasladaran de régimen pensional porque para ellos resultaban más beneficiosas las condiciones de los fondos privados, dijo que no existió ningún tipo de reunión donde le brindaran información sobre las implicaciones del traslado.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones SANTANDER hoy PROTECCIÓN en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del

traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los

gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 07 2019 00224 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 14 de octubre de 2021, por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LUCILA SOPO MARTINEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la

nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 3 agosto de 1960, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre 1° de febrero de 1982 y el 31 de octubre de 1998, y cotizó a dicha entidad un total de 864.86 semanas; que el 14 de abril de 1998, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN; que el 12 de abril de 2002, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN; que el 11 de septiembre de 2009, se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar a dicho régimen; que el 30 de mayo de 2018, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (Pdf. 1, fls. 151 a 227).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad de la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pdf. 1, fls. 278 a 304).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de la causa y porque afecta los derechos de terceros de buena fe (Pdf. 9).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 14 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: la señora LUCILA SOPO MARTINEZ con la AFP PROTECCIÓN el 14 de septiembre de 1998 en formulario N° 9873092, por la señora LUCILA SOPO MARTINEZ con la AFP SANTANDER HOY PROTECCIÓN el 13 de abril de 2002 en formulario N° 6053922, por la señora LUCILA SOPO MARTINEZ con la AFP HORIZONTE HOY PORVENIR el 11 de septiembre de 2009 en formulario N° 0007007860. **SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR S.A, a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora LUCILA SOPO MARTINEZ dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. **TERCERO:** Igualmente, PORVENIR S.A y PROTECCION S.A, debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante mientras estuvo afiliada en cada uno de los fondos, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de la demandante desde su afiliación inicial al ISS. **QUINTO:** Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A y PROTECCION S.A. **SEXTO:** Se condena en costas a los fondos demandados PORVENIR S.A y PROTECCION S.A. y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de PORVENIR S.A y PROTECCION S.A, no hay lugar a condena en costas a cargo de COLPENSIONES. **SÉPTIMO: ORDENAR** la consulta, a favor de COLPENSIONES, como entidad garantizada por la Nación y a fin el superior revise la legalidad de la actuación”

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el

cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la demandante se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal para regresar al RPM y por ello no es procedente su traslado, dice que dentro del proceso no se acreditó la existencia de vicio en el consentimiento alguno, que además la decisión de permanecer en el RAIS fue voluntaria y no es posible exigir a los fondos acreditar el cumplimiento de un deber que no existía al momento del traslado de régimen.

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la decisión del juez desconoce la validez del formulario de afiliación suscrito al momento del traslado, el cual cumplía con los requerimientos de la época y a cambio se realizan una serie de exigencias que no existían al momento del traslado y que resultan de imposible cumplimiento por parte de las AFP. Agrega, que esta entidad no fue quien realizó el traslado de régimen de la actora, pues ésta ya venía de otro fondo, luego no tiene responsabilidad alguna en tal acto. Sobre la devolución de los gastos de administración señaló que la AFP realizaba el descuento por este concepto, pues se encuentra debidamente autorizado por la ley, y están destinados a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación de la demandante. Dice, que de todas formas estos valores están sujetos a la prescripción trienal, pues no están destinados a financiar la prestación de la demandante.

La apoderada de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley, y que dichos valores están destinados a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación de un afiliado. Señala que a los demás descuentos efectuados se les dio la destinación que la ley ordena y por ello dichos valores no se encuentran en poder de la entidad.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a CESANTÍAS Y PENSIONES PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 3 de agosto de 1960 (Pdf. 1, fl. 113); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de febrero de 1982 y el 31 de octubre de 1998, por un total de 864.86 semanas (Pdf. 17, fl. 229); **iii)** que el 14 de abril de 1998, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN (Pdf. 1, fl. 79); **iv)** que el 12 de abril de 2002, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN (Pdf. 17, fl. 96); **v)** que el 11 de septiembre de 2009, se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (Pdf. 1, fl. 306); **vi)** que el 30 de mayo de 2018, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (Pdf. 1, fl. 43).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando

que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información

calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(…)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con

radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una

ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora LUCILA SOPO MARTINEZ se trasladó a la AFP PROTECCIÓN el 14 de abril de 1998, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 2, min. 14:23), pues al efecto solo manifestó que trabajaba en Productos y Alimentos Margarita, y que al momento de salir a tomar un tinto, un asesor de PROTECCIÓN la abordó y le comentó de forma insistente que el ISS se iba acabar y que los fondos privados ofrecían mayores beneficios, que podía pensionarse a menor edad y con una mesada más alta. Señaló que ante dicho ofrecimiento accedió al traslado pero que en general no le dieron información detallada sobre las implicaciones de dicha decisión.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por la representante legal de PORVENIR en diligencia de interrogatorio de parte (audio 2, min. 41:01), pues al efecto sólo manifestó que según el formulario de afiliación que suscribió la demandante el asesor que realizó el traslado de AFP fue Cesar Sierra, persona que en la actualidad no trabaja para la entidad, dijo no haber estado presente en el momento del traslado de la demandante y saber que los asesores de la entidad se encuentran debidamente capacitados para brindar información a los afiliados.

Nada diferente puede agregarse de lo manifestado por la testigo MARTHA ESPERANZA BENAVIDES VERDUGO (audio 3, min. 54:28), pues solo dijo haber trabajado con la demandante en Productos y Alimentos Margarita, para la época del traslado, señaló haber estado presente en el momento del traslado que se dio cuando un asesor del fondo las abordó mientras salían a un descanso, que éste les refirió que el ISS se iba acabar y que los fondos privados les ofrecían mayores beneficios, ante lo cual accedieron a trasladarse.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el

único documento útil, el formulario de afiliación solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, porque los antecedentes jurisprudenciales expuestos señalan que los efectos de la ineficacia recaen sobre el acto del traslado de régimen, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraban. Ello acarrea para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de

prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PROTECCION S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará el numeral tercero de la sentencia que no es suficientemente claro en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia apelada en el sentido de disponer que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que

deberán ser indexados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

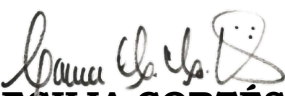
QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 07 2019 000414 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES, PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS contra la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2021, por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARIA NELLY SANJUAN QUINTERO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 24 de marzo de 1956; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 25 de marzo de 1978 y el 9 de noviembre de 1978, y cotizó a dicha entidad un total de 32.86 semanas; que el 22 de junio de 1995, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS; que el 30 de octubre de 1997 se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR; y finalmente el 6 de mayo de 1998, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN. Señaló, que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar a dicho régimen; que el 28 de septiembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria (fls. 194 a 226, Pdf 1).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones (fls. 235 a 265, Pdf. 1).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios de consentimiento, ratificación de la afiliación, prescripción de la acción de nulidad, compensación y pago (fls. 343 a 353, Pdf. 1).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan en su totalidad. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (fls. 406 a 432, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 10 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de

la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora MARIA NELLY SANJUAN QUINTERO con la AFP COLFONDOS S.A. el 22 de junio de 1995 contenida en el formulario No. 2342, el realizado por la señora MARIA NELLY SANJUAN QUINTERO con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 31 de octubre de 1997, contenida en el formulario No. 026334., y el realizado por la señora MARIA NELLY SANJUAN QUINTERO con la AFP PROTECCIÓN S.A. el 6 de mayo de 1998, contenida en el formulario No. 0258898. **SEGUNDO: ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos generados hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. **TERCERO:** Igualmente los fondos demandados COLFONDOS, PORVENIR Y PROTECCIÓN deben devolver a COLPENSIONES todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la demandante mientras estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos privados, tales como gastos de administración, comisiones o cualquier otro emolumento descontado de dichos aportes, los cuales deben ser devueltos o reintegrados a COLPENSIONES debidamente indexados a título de indemnización monetaria. **CUARTO:** ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante desde su afiliación inicial al ISS en 1978. **QUINTO:** Dadas las results del proceso se declaran no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS. **SEXTO:** La condena en costas es a cargo de COLFONDOS, PORVENIR y PROTECCIÓN, las agencias en derecho se tasan en favor de la demandante en 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos privados demandados. No hay lugar a condena en costas contra COLPENSIONES”

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema

de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que dentro del expediente no se acreditó que la actora hubiera sufrido algún tipo de engaño por parte del fondo para efectuar el traslado de régimen pensional, ni la existencia de otros vicios en el consentimiento. Señala, que la única razón que aduce la demandante para su regreso al RPM, es el valor de la mesada pensional y ello no constituye o configura un engaño o vicio del consentimiento, agrega que la actora nunca cumplió su deber de informarse debidamente sobre su derecho pensional y que ratificó su voluntad de pertenecer al RAIS con los traslados realizados y con el tiempo que permaneció en dicho régimen. Finaliza precisando que la decisión emitida atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

La apoderada de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley, y que dichos valores están destinados a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación de un afiliado. Señala que estos descuentos tienen una destinación específica y por ello ya no están en poder de la entidad,

dice, que devolver los valores correspondientes a los gastos de administración implicaría un empobrecimiento injustificado de la entidad, quien de todas formas desarrolló su laboral durante el tiempo que la actora estuvo afiliada.

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la decisión del juez desconoce la validez del formulario de afiliación suscrito al momento del traslado, el cual cumplía con los requerimientos de la época y a cambio se realizan una serie de exigencias que no existían al momento del traslado y que resultan de imposible cumplimiento por parte de las AFP. Agrega, que esta entidad no fue quien realizó el traslado de régimen de la actora, pues ésta ya venía de otro fondo, luego no tiene responsabilidad alguna en tal acto. Sobre la devolución de los gastos de administración señaló que la AFP realizaba el descuento por este concepto, pues se encuentra debidamente autorizado por la ley, y están destinados a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación de la demandante. Dice, que de todas formas estos valores están sujetos a la prescripción trienal, pues no están destinados a financiar la prestación de la demandante. Finalmente aduce que no es procedente la condena en costas, pues ésta solo debe imponerse a la entidad que realizó el traslado de régimen y de lo contrario, en ese orden, tal condena debería imponerse en contra de COLPENSIONES.

La apoderada de la demandada **COLFONDOS** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley, y corresponde a la debida labor de administración que termina generando los rendimientos de la

cuenta de la demandante, dice, que devolver dichos valores implicaría desconocer la labor desempeñada y enriquecer de forma injustificada el patrimonio de la entidad que recibe dichos valores.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto las AFP demandadas no acreditaron haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso

establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 24 de marzo de 1956 (fl. 28, Pdf. 1); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 25 de marzo de 1978 y el 9 de noviembre de 19785, por un total de 32.86 semanas (fl. 11, Pdf 3); **iii)** que el 22 de junio de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS (fl. 304, Pdf 2); **iv)** que el 30 de octubre de 1997, se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR (fl. 53, Pdf. 1); **v)** que el 6 de mayo de 1998, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN (fl. 64, Pdf 1); **vi)** que el 28 de septiembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 29, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>

<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que

el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta

por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARIA NELLY SANJUAN QUINTERO se trasladó a la AFP COLFONDOS el 22 de junio de 1995, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 2, min. 09:47), pues al efecto solo manifestó que a su lugar de trabajo acudió un asesor de COLFONDOS, quien en una charla de grupo les dijo que el ISS se iba acabar y las Cajas de Previsión serían liquidadas, que debían trasladarse para garantizar la pensión y que de todas formas obtendrían mayores beneficios pensionales.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por la representante legal de COLFONDOS en diligencia de interrogatorio de parte (audio 2, min. 37:27), pues al efecto sólo manifestó no haber estado presente en el momento del traslado de la demandante y que no se encuentra documentado el tipo de información que se brindó porque para ese momento no era obligación legal guardar documentos sobre el particular.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, porque los antecedentes jurisprudenciales expuestos señalan que los efectos de la ineficacia recaen sobre el acto del traslado de régimen, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraban. Ello acarrea para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCION a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará el numeral tercero de la sentencia que no es claro en disponer la devolución de la totalidad de estos valores.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir

en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Finalmente, para resolver el argumento de apelación de la demandada PORVENIR, referido a que no es procedente la condena en costas impuesta en su contra, basta precisar, que en los términos que dispone el artículo 365 del CGP, resulta acertada la condena impuesta, pues dicha parte se opuso a las pretensiones de la demanda y resultó vencida en sus argumentos. Por otro lado, sobre la condena en costas que aduce debe imponerse a COLPENSIONES, debe decirse que en el caso bajo estudio, las órdenes dictadas a cargo de COLPENSIONES son una consecuencia de la ineficacia declarada y no de sus actos propios, por lo que no es dable concluir que haya resultado vencida en el proceso.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el demandante del

Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia apelada en el sentido de disponer que las AFP PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

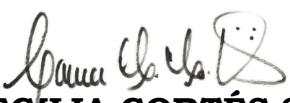
QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
En Uso de Licencia


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 08 2020 00463 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 3 de febrero de 2022, por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ARGELIA RODRIGUEZ CASTRO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 1° de abril de 1961; que prestó servicios al Instituto Colombiano Agropecuario entre el 2 de febrero de 1981 y el 1° de febrero de 1983; que prestó servicios a la Gobernación del Tolima del 25 de julio de 1983 al 15 de julio de 1988 y del 1° de agosto de 1989 al 31 de enero de 1991; que prestó servicios a la Fiscalía General de Nación desde el 7 de enero de 1994 hasta el 31 de octubre de 1998; que durante dichos periodos las entidades referidas le realizaron aportes en pensión a CAJANAL; que el 29 de octubre de 1998, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que dicho fondo no le brindó al momento del traslado información veraz, clara y suficiente respecto de las implicaciones y consecuencias positivas y negativas de permanecer en el RAIS; que el 2 de septiembre de 2020, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (Pdf. 9)

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad de la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad e inexistencia de la obligación (Pdf. 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 3 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO de la señora ARGELIA RODRIGUEZ CASTRO realizado del Régimen de Prima Media al RAIS acaecido el 29 de octubre de 1998, mediante la afiliación a la AFP PORVENIR S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES admitir el traslado del régimen pensional de la señora ARGELIA RODRIGUEZ CASTRO. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora ARGELIA RODRIGUEZ CASTRO tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado. **CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva AFP PORVENIR S.A., que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. **QUINTO:** Sin condena en costas en esta instancia ante su no causación. **SEXTO:** En caso de no ser apelada, y como quiera que fue adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, ENVIAR el presente asunto al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo precisó, que si bien la demandante realizó aportes a

CAJANAL, esta entidad fue sustituida por COLPENSIONES, en lo relacionado con la administración del RPM, que por ello ante la falta de cumplimiento al deber de información por parte de la AFP demandada, en los términos definidos en la jurisprudencia, concluye que el traslado de régimen pensional de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que para el momento que se efectuó el traslado de régimen de la actora, no existía obligación legal relacionada con la documentación de la información que se brindaba al afiliado, o que ésta debiera tener o cumplir unas condiciones específicas, pues para dicho momento la única exigencia era la suscripción del formulario de afiliación, que plasmaba la voluntad de pertenecer al RAIS. Agrega, que en caso de confirmarse la decisión, se revoque en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración, pues el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra autorizado en la ley y corresponde a la labor de administración que realiza la entidad y que se ve reflejado en los rendimientos que obtuvo la demandante en su cuenta, dice que ordenar la devolución de estos valores y los rendimientos causados constituiría un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante.

El apoderado de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta que la entidad no tiene ninguna relación con el traslado de régimen de la demandante, menos aun cuando nunca tuvo la condición de afiliada a esta entidad. Señaló que en el proceso no se acreditó la existencia de vicio en el consentimiento alguno para que operara la nulidad de

traslado, y que no puede exigirse a los fondos privados el cumplimiento de una obligación inexistente al momento del traslado.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de PORVENIR presentó alegaciones y solicita que se revoque la decisión de primera instancia, al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto se dan los requisitos definidos en la jurisprudencia para declarar la ineficacia del traslado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; así como la procedencia de ordenar la devolución de los gastos de administración al RPM.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 1° de abril de 1961 (fl. 1, Pdf. 3); **ii)** que prestó servicios al Instituto Colombiano Agropecuario entre el 2 de febrero de 1981 y el 1° de febrero de 1983; a la Gobernación del Tolima del 25 de julio de 1983 al 15 de julio de 1988 y del 1° de agosto de 1989 al 31 de enero de 1991, y a la Fiscalía General de la Nación desde el 7 de enero de 1994 hasta el 31 de octubre de 1998, tiempo durante el cual dichas entidades le realizaron aportes en pensión a CAJANAL (Pdf. 3, fls. 2, 6 y 42); **iii)** que el 29 de octubre de 1998, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 42, Pdf. 3); **iv)** que el 2 de septiembre de 2020, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (Pdf. 3, fl. 61).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de

régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de</i>

	<i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora ARGELIA RODRIGUEZ CASTRO se trasladó a la AFP PORVENIR el 29 de octubre de 1998, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a CAJANAL.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Carpeta Audiencia, audio 1, min. 12:57), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en la Fiscalía, y allí acudieron asesores de PORVENIR para promover el traslado de régimen pensional, que solo les informaron que CAJANAL y el ISS iban a ser liquidados y perderían los aportes realizados sino se trasladaban, además que obtendrían mayores beneficios, como pensionarse de forma anticipada o reclamar los ahorros realizados, y por ello accedió a suscribir el formulario.

Tampoco se deduce nada al efecto, del interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de PORVENIR (Carpeta Audiencia, audio 1, min. 40:26), pues al efecto solo manifestó que la entidad solo cuenta con los formularios de afiliación suscritos por la demandante, como prueba de la información suministrada.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva,

suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Sobre este último aspecto es pertinente precisar que si bien la demandante con anterioridad al traslado realizó aportes a CAJANAL, en aplicación del Decreto 2196 de 2009, que dispuso la supresión y ordenó la liquidación de esta entidad, se generó el 1° de julio de 2009 un traslado masivo de los afiliados de dicha Caja al extinto ISS, siendo que la Caja hoy UGPP solo mantuvo la obligación del reconocimiento de obligaciones pensionales de sus afiliados que hubieran cumplido los requisitos de la pensión de jubilación o vejez antes del traslado de afiliados en tanto la UGPP no fungiría como administradora del RPM.

Así las cosas, considerando la ineficacia del traslado de la afiliación de la demandante, bajo la ficción de que debió permanecer en la extinta CAJANAL, se tiene que para el 1° de julio de 2009 tenía apenas 48 años (Pdf. 3, fl. 1), por lo cual no cumplía el requisito de edad para acceder a la pensión de jubilación, por tanto, el reconocimiento de sus derechos pensionales pasó a ser responsabilidad de COLPENSIONES, siendo dicha entidad entonces la llamada a la reactivación de la afiliación de la demandante al RPM conforme el Decreto 2196 de 2009.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir

en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías

judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

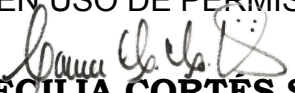
CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

EN USO DE PERMISO


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 10 2019 000684 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCIÓN y PORVENIR contra la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2021, por el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP SKANDIA trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JAIME CEPEDA LOPEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de OLD MUTUTAL - SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 26 de enero de 1963, que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 22 de abril de 1982 y el 30 de septiembre de 1982, y cotizó a dicha entidad un total de 23.14 semanas; que el 15 de junio de 1995, se trasladó al RAIS administrado por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION; que el 30 de noviembre de 1999, se trasladó a la AFP PORVENIR; que el 28 de abril de 2004, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN; que el 22 de febrero de 2008 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; que el 9 de febrero de 2011, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL – SKANDIA; que el 10 de mayo de 2012, se trasladó a la AFP ING hoy PROTECCION; y finalmente el 17 de agosto de 2015, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL - SKANDIA. Señaló, que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite para regresar a dicho régimen; que el 31 de enero de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación (Pdf. 3).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. no se opuso ni se allanó a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, genérica (Pdf. 1, fls. 173 a 190).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica (Pdf. 1, fls. 258 a 285).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los manifestó que no son ciertos o no le constan en su totalidad. Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación y buena fe (Pdf. 1, fls. 320 a 341).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 16 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y ordenó a la AFP OLD MUTUAL trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutive de la sentencia tiene el

siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la vinculación del demandante JAIME CEPEDA LOPEZ al fondo privado administrado en su momento por el Fondo de Pensiones DAVIVIR S.A., el 15 de junio de 1995, hoy AFP PROTECCION S.A. y por ende la ineficacia de los traslados horizontales realizados con destino a AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y por ende la ineficacia del traslado de régimen prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin solución de continuidad debe regresar en consecuencia la afiliación al régimen de prima media hoy administrado por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a restablecer la afiliación al régimen de prima media del señor JAIME CEPEDA LOPEZ, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a la administradora SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a que debe realizar con destino al régimen de prima media administrado por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la devolución de todos los valores y sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor JAIME CEPEDA LOPEZ, incluyendo cotizaciones, rendimientos, intereses y frutos de conformidad con el artículo 1646 del Código Civil y así mismo realizando haciendo la devolución de gastos y comisiones de administración debidamente indexados acompañados de la documental correspondiente que COLPENSIONES pueda establecer que efectivamente se hace la devolución en los términos indicados en esta sentencia, para ello se le otorga el termino de 15 días hábiles siguientes a partir de la ejecutoria de esta sentencia conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia. **CUARTO: CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCION S.A., a que deben realizar la devolución de las sumas que le hayan sido descontadas durante su vinculación a estas administradoras al señor JAIME CEPEDA LOPEZ, deben realizar a la devolución de las cuotas, de las comisiones y gastos de administración debidamente indexados al régimen de prima media administrado por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, acompañado de la información necesaria para que

COLPENSIONES pueda realizar la revisión correspondiente a que efectivamente dichas comisiones y gastos de administración se devuelven debidamente indexados, para ello se le otorga el termino de 15 días hábiles siguientes a partir de la ejecutoria de esta sentencia conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia. **QUINTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a que una vez reciba las sumas provenientes de las administradoras de fondos de pensiones AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCION S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., debe realizar la revisión de que se realiza la devolución en los términos indicados en esta sentencia y proceder de manera inmediata a imputar en la historia laboral del demandante el señor JAIME CEPEDA LOPEZ, las semanas cotizadas durante su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad que se ha declarado ineficaz, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia. **SEXTO:** se DECLARA no probadas las excepciones planteadas por COLPENSIONES, AFP PROTECCION S.A., AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia. **SEPTIMO: CONDENAR** en costas de esta instancia a las demandadas AFP PROTECCION S.A., AFP PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho a cargo de cada una de ellas la suma de \$ 200.000, en relación a la administradora SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., también se condenará a pagar a favor del demandante las costas que deben tasarse por Secretaria, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la suma de \$ 300.000. **OCTAVO:** De no ser apelada esta providencia, remítase al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas

acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado del actor es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley, y que dichos valores están destinados a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación de un afiliado. Señala que a los demás descuentos efectuados se les dio la destinación que la ley ordena y por ello dichos valores no se encuentran en poder de la entidad.

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que en el caso bajo no se aportó prueba suficiente para definir que el traslado del actor es ineficaz, que por el contrario, se encuentra el formulario de afiliación donde consta que el actor aceptó de manera libre y voluntaria pertenecer al RAIS. Frente a la devolución de los gastos de administración indicó que el descuento que la entidad realizaba por este concepto se encuentra debidamente autorizado en la ley y está destinado a retribuir la labor de administración del fondo.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto no resulta aplicable al caso bajo estudio el criterio jurisprudencial definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto las AFP demandadas no acreditaron haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 26 de enero de 1963 (fl. 3, Pdf. 1); **ii)** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 22 de abril de 1982 y el 30 de septiembre de 1982, por un total de 23.14

semanas (carpeta 9, subcarpeta 3, Pdf); **iii)** que el 15 de julio de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION (fl. 31, Pdf. 1); **iv)** que el 30 de noviembre de 1999, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 37, Pdf. 1); **v)** que el 28 de abril de 2004, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN (fl. 33, Pdf. 1); **vi)** que el 22 de febrero de 2008, se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 38, Pdf. 1); **vii)** que el 9 de febrero de 2011, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL - SKANDIA (fl. 42, Pdf. 1); **viii)** que el 10 de mayo de 2012, se trasladó a la AFP ING hoy PROTECCION (fl. 32, Pdf. 1); **ix)** que el 17 de agosto de 2015, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL - SKANDIA (fl. 43, Pdf. 1); **x)** que el 31 de enero de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 16, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades

financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de</i>

	<i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor JAIME CEPEDA LOPEZ se trasladó a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION el 15 de junio de 1995, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (audio 2, min. 48:40), pues al efecto solo manifestó que para época del traslado trabajaba en la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, que era una empresa que pagaba su nómina pensional propia, que con anterioridad trabajo en el Distrito, por lo que se había afiliado al ISS, que en su lugar de trabajo un asesor de la AFP DAVIVIR lo abordó para que hiciera efectiva su afiliación al fondo privado, quien le dijo que el ISS se iba acabar y que los fondos privados ofrecían mayores beneficios, que podía pensionarse a menor edad y con una mesada más alta, que ante dichas indicaciones procedió a trasladarse.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por la representante legal de PORVENIR en diligencia de interrogatorio de parte (audio 2 min. 33:08), pues al efecto solo manifestó no haber estado presente en el momento del traslado del demandante y que no se encuentra documentado el tipo de información que se brindó porque para ese momento no era obligación legal guardar documentos sobre el particular.

De igual manera, nada relevante se establece de lo manifestado por la representante legal de PROTECCION en diligencia de interrogatorio de parte (audio 2 min. 27: 22), pues al efecto solo manifestó no haber estado presente en el momento del traslado del demandante y que no se encuentra documentado el tipo de información que se brindó porque para ese momento no era obligación legal guardar documentos sobre el particular. En el mismo sentido se manifestó el representante legal de SKANDIA en diligencia de interrogatorio de parte (audio 2, min 39:20), luego de su dicho tampoco se establece nada relevante a la controversia.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones DAVIVIR hoy PROTECCION en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, porque los antecedentes jurisprudenciales expuestos señalan que los efectos de la ineficacia recaen sobre el acto del traslado de régimen, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraban. Ello acarrea para la AFP OLD MUTUAL - SKANDIA, la obligación de devolver los

aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP OLD MUTUAL - SKANDIA a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adocrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A., deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión

mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará el numeral cuarto de la sentencia que no es suficientemente claro en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de DECLARAR la ineficacia del

traslado de régimen pensional que efectuó el demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL - SKANDIA S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia apelada en el sentido de disponer que las AFP PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A., deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
EN USO DE PERMISO

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 10-2017-00502-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la **DEMANDANTE** contra la sentencia del 28 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probadas las excepciones, absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDANTE** (39:02 archivo “11001310501020170050200-20210528_154940-Grabación de la reunión”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. 51 a 65 archivo “03ExpedienteDigital2017-502”).

AURORA MENDOZA DIAZ solicitó declarar nula su afiliación a la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.**, ordenar el traslado del saldo de la CAIP, actualizar su historia laboral en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 13 de agosto de 1959; que se afilió al ISS desde el 17 de agosto de 1981; que en abril de 1999 se trasladó al RAIS mediante afiliación a la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.**, sin que aquella suministrara información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo

una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que el 12 de julio de 2017 solicitó a la AFP la anulación de su traslado pensional, petición que no fue contestada; de otra parte, ese mismo día solicitó su traslado al RPM, petición que rechazó **COLPENSIONES**.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE**, su afiliación al RPM y que negó la nulidad de la afiliación a la AFP. Indicó que desconoce las circunstancias del traslado del RPM al RAIS, sin que exista prueba de causal de nulidad, por lo cual dicho traslado tiene plena validez. Interpuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de título y causa para pedir y declaratoria de otras excepciones (Pág. 71 a 75 archivo “03ExpedienteDigital2017-502”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que se radicó solicitud de nulidad a la AFP ING. Indicó que el traslado de régimen pensional se efectuó con afiliación a **PORVENIR S.A.**, por lo cual no son ciertas las afirmaciones relativas a la falta de asesoría en contra de la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** porque dicha Administradora no efectuó tal traslado, por lo cual no se puede alegar que fue su representada quien vulneró el deber de información y asesoría y, en todo caso, no hay ninguna prueba de las falencias alegadas en la demanda. Interpuso las excepciones de inexistencia de la nulidad alegada por ausencia de vicio del consentimiento, prescripción y la genérica (Pág. 127 a 137 archivo “03ExpedienteDigital2017-502”).

Por auto dictado en oralidad en audiencia del 10 de septiembre de 2018 se vinculó a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** como litisconsorte

necesario por pasiva (02:00 archivo “04Aud.10-09-2018 CD FL.112”), así las cosas, por auto del 31 de octubre de 2018 se aplicó el artículo 29 CPTSS y se designó curador ad litem a **PORVENIR S.A.** (Pág. 170, 188 archivo “03ExpedienteDigital2017-502”).

A través de curadora ad litem, **PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó como ciertos los hechos relativos a la afiliación de la **DEMANDANTE** al RPM y que presentó solicitud a **PROTECCIÓN S.A.** de nulidad de su afiliación a la AFP. Indicó que no le constan las circunstancias en que se efectuó el traslado de régimen pensional. Como excepción de fondo interpuso la genérica (Pág. 188 a 190 archivo “03ExpedienteDigital2017-502”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (39:02 archivo “11001310501020170050200-20210528_154940-Grabación de la reunión”).

El 22 de junio de 2021, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones propuestas por las demandadas, en condición de excepción genérica a favor de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., la excepción genérica de inexistencia de la obligación por no haber sido la demandada quien realizó el traslado de régimen pensional de la demandante AURORA MENMDOZA DIAZ y por tanto se ABSUELVE de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en la demanda; a favor de la demandada COLPENSIONES se debe declarar probada la excepción propuesta por Colpensiones denominada de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de título para pedir, por lo tanto se le absuelve de las pretensiones incoadas en su contra dentro de la demanda y en relación a la llamada en litis consorcio necesario, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., EL Despacho declara probada como excepción genérica la de inexistencia de la obligación por no existir pretensiones dirigidas a la llamada en litis consorcio necesario y se le ABSUELVE de las pretensiones de la demanda, en consecuencia todo lo anterior por lo manifestado en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora a favor de las demandadas. Debe tasarse por Secretaría las costas del proceso incluyendo como Agencias en Derecho la suma

*de \$600.000. **TERCERO:** En caso de no ser apelada esta providencia, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, porque es adversa a la DEMANDANTE, de conformidad con el artículo 69 CPTSS. (...)”.*

El *a quo* fijó como problema jurídico verificar los hechos de la demanda para determinar la viabilidad de las pretensiones.

Para resolver indicó que un hecho de la demanda indica que el traslado del RPM al RAIS se efectuó mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, sin embargo, todos los hechos afirman que el incumplimiento del deber de información y asesoría fue de la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.**, solicitando a dicha AFP y no a otra la anulación del traslado, lo cual concuerda con las pretensiones, por tanto, a pesar de que la H. CSJ establece la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, todos los hechos narrados en la demanda son respecto de la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.**, por lo cual no hay ningún hecho que probar o debatir sobre **PORVENIR S.A.**, por ende, en virtud del principio de carga de la prueba y congruencia de la sentencia, no se puede concluir ningún hecho en contra de la real AFP que efectuó el traslado del RPM al RAIS, por cuanto solo se debatió la validez de un posterior traslado horizontal entre AFP, motivo por el cual absolvió.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la **DEMANDANTE** otorgó poder a la doctora Andrea Johanna Rodríguez Puentes, identificada con CC 52.715.281 y TP 139.927 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada principal de dicha parte sin perjuicio de las posibles actuaciones que se puedan adelantar conforme el numeral 20 del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, quien solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones, por cuanto si bien las pretensiones de la demanda no se dirigieron directamente contra **PORVENIR S.A.**, dicha AFP se vinculó como litisconsorte necesario por pasiva ante las pruebas aportadas y hechos 2 y 6 de la demanda, lo que sumado a la

facultad del Juez consagrada en el numeral 5 del artículo 42 CGP, permite desvirtuar el argumento de la Juez.

De otra parte, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 del C.S.J., quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó confirmar el fallo porque no se acreditó vicios del consentimiento, no se puede invertir la carga de la prueba y el retorno afecta la sostenibilidad financiera y no es posible por la restricción por edad. El apoderado de **PROTECCIÓN S.A.** solicitó confirmar el fallo, ya que no se puede alegar el desconocimiento de la Ley, no hay prueba de la ausencia de información, no hay causal de nulidad, el contrato es válido y en caso de declararse sin valor la afiliación, no procede devolver los gastos de administración. El apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó confirmar el fallo, porque la Juez concluyó de forma acertada que no hay `prueba de vicio del consentimiento en la afiliación del traslado del RPM al RAIS, ni causal de nulidad, no aplica la ineficacia, se cumplió el deber de información, la conducta ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, en caso de declararse la nulidad, no procede la devolución de los gastos de administración.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa al **AFILIADO DEMANDANTE**, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del **DEMANDANTE**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró probadas las excepciones, absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDANTE**.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **DEMANDANTE**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1º del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de

brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“[...]

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de</i>

		<i>que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, se advierte que en el caso bajo estudio, la demanda presentada por **AURORA MENDOZA DIAZ** indica, de forma expresa en su hecho 2, que se afilió al RPM hasta que se trasladó a **PORVENIR S.A.** el 1º de abril de 1999, de otra parte, el hecho 6 indica que a pesar de que dio su consentimiento para trasladarse al RAIS, nunca se le informó de manera clara, fundada y objetiva, las consecuencias del cambio del régimen pensional y de las consecuencias adversas de tal decisión (Pág. 52 archivo “03ExpedienteDigital2017-502”).

Así las cosas, a pesar de que el apoderado que presentó la demanda en nombre de la **DEMANDANTE**, indicó en todos los hechos

de la demanda, salvo en el 2 y 6, que las falencias en el cumplimiento del deber de asesoría y buen consejo de la AFP que gestionó el traslado de régimen de pensional fue la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.**, siendo la precitada sociedad administradora de fondos de pensiones la única demandada, dichas falencias del profesional del derecho fueron subsanadas, en debida forma, por la *a quo* a través de la vinculación al proceso, como litisconsorte necesario por pasiva, de **PORVENIR S.A.** como la AFP que efectuó el traslado del RPM al RAIS, tal y como se acredita con el reporte SIAFP que registra las afiliaciones a AFP efectuadas por la **DEMANDANTE** (Pág. 232 archivo “03ExpedienteDigital2017-502”).

Así las cosas, si bien una primera lectura de la demanda podría conllevar a la conclusión de que no se alegó ningún incumplimiento específico frente **PORVENIR S.A.** relativo al deber de información, asesoría y buen consejo, lo cierto es que el uso de la facultad del Juez de interpretar la demanda, de forma integral, permite determinar la real intención de la parte actora, que no es otra que controvertir la validez de su traslado del RPM al RAIS, siendo la AFP que gestionó dicho trámite no fue otra que **PORVENIR S.A.**, a quien la *a quo* vinculó al proceso, para que en su calidad de litisconsorte necesaria por pasiva se pronunciara respecto los hechos y pretensiones de la demanda.

Así las cosas, si bien las pretensiones de la demanda inicial no se dirigieron contra **PORVENIR S.A.**, lo cierto es que la interpretación de la misma permite concluir que la real intención de la parte demandante es controvertir su traslado de régimen pensional, facultad judicial que condujo a la vinculación de la precitada AFP al considerar que era necesaria su comparecencia para resolver de fondo la litis, siendo un contrasentido que con posterioridad la *a quo* concluya que no puede efectuar ningún pronunciamiento contra **PORVENIR S.A.** por no ser nombrada expresamente en los hechos de la demanda, falencia que se entendió superada con la vinculación de dicha AFP como litisconsorte, quien pese no ser demandada inicialmente debía comparecer a juicio.

Así las cosas, esta Corporación aplicará las facultades judiciales consagradas en el numeral artículo 55 de la Ley 270 de 1996, el numeral 5° del artículo 42 CGP y el artículo 48 CPTSS, a fin de interpretar la demanda para concluir que la **DEMANDANTE** controvierte la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, alegando la omisión del deber de información y asesoría por parte de la AFP que gestionó dicho trámite.

La jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019, SL4025 de 2021, SL1891 de 2022, entre otras, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede

aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, las **AFP DEMANDADAS** hayan brindado a la **DEMANDANTE** una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acredita con la mera firma del formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por tanto, es razonable inferir las **AFP DEMANDADAS** no demuestran haber cumplido dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad, motivo por el cual se revocará el fallo de primera instancia y en su lugar se declarará la ineficacia del traslado pensional y subsecuentes traslado de AFP.

La decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para todas la **AFP DEMANDADAS** de devolver debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas

de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

También se ordenará a **COLPENSIONES** reactivar la afiliación de la **DEMANDANTE** en el RPM y actualizar su historia laboral, advirtiendo la Sala que dicha condena no afecta el principio de sostenibilidad fiscal, toda vez que la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, por lo cual las **AFP DEMANDADAS** deberá reintegrar al RPM todos los recursos que sirven para el eventual reconocimiento pensional, indexados.

De otra parte, se indicará en la sentencia de primera instancia que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019; SL4062 de 2021; SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Costas de primera instancia a cargo de las **AFP DEMANDADAS**, las cuales deberán ser liquidadas por el *a quo*. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado del RAIS al RPM que realizó la demandante **AURORA MENDOZA DIAZ**, conforme la parte motiva de esta sentencia. En consecuencia, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha Sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PROTECCIÓN S.A.** con cargo a sus propios recursos; así mismo **CONDENAR** a **COLPENSIONES** recibir de dicha AFP los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la **DEMANDANTE** y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

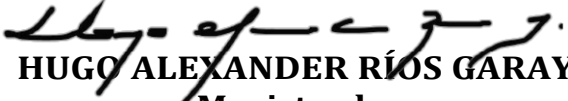
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo

en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por dicha AFP con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: COSTAS de primera instancia a cargo de las **AFP DEMANDADAS**, las cuales deberán ser liquidadas por el *a quo*. Sin costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 11 2018 00028 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 14 de julio de 2021, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MERY SANABRIA CAMACHO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES con el fin de que se declare que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que tiene derecho a que su derecho pensional se defina de acuerdo a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez bajo los parámetros que define el Acuerdo 049 de 1990, incluyendo la totalidad de las semanas cotizadas, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 29 de octubre de 1957; que se encuentra afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde el 12 de diciembre de 1977; que el 29 de octubre de 2012, cumplió los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, para causar el derecho a la pensión, pues para dicha data contaba con 1.399,76 semanas de cotización; que tuvo que cotizar más de 1.000 semanas porque COLPENSIONES siempre le decía que le faltaban semanas para causar el derecho y solo podría recibir una indemnización sustitutiva; que ha solicitado en reiteradas oportunidades la corrección de su historia laboral, pues la demandada solo reconoce 1.033 semanas de las 1.399 que tiene y no ha sido posible obtener dicha corrección; que dentro del cómputo de semanas que realiza COLPENSIONES, faltan 63.83 semanas cotizadas por el empleador NIPART & CIA LTDA; 81.69 semanas cotizadas por el empleador FLOREZ B JOSE; 3.56 semanas cotizadas por el empleador ORTIZ Y CIA LTDA; 7.84 semanas cotizadas por el empleador CRISTAL Y COSAS Y ORTIZ; 4.29 semanas cotizadas por el empleador GLOBAL INTERNATIONAL LTDA; 197.83 semanas cotizadas por el empleador REINEL JOSE BARRIOS PERDOMO y 7.71 semanas cotizadas por el empleador MERY SANABRIA CAMACHO.

Refiere que el empleador REINEL JOSE BARRIOS, certificó que trabajó a su servicio entre enero de 1996 y diciembre de 2000 como administradora de cafetería y restaurante, y la entidad no reconoce la totalidad de las cotizaciones; que los empleadores relacionados siempre realizaron el descuento respectivo para las cotizaciones a pensión y que luego de reiteradas solicitudes de corrección de historia laboral, solicita a la demandada el reconocimiento de la pensión y ésta negó la prestación mediante Resoluciones GNR 049360 del 1° de abril de 2013; GNR n261784 del 18 de octubre de 2013, GNR 280037 del 12 de septiembre de 2015, VPB 63129 del 24 de septiembre de 2015, GNR 378100 del 25 de noviembre de 2015, GNR 33783 del 1° de febrero de 2016;

VPB 9167 del 24 de febrero de 2016 y GNR 363205 del 1° de diciembre de 2016.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación a dicha entidad y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de legitimación en la causa, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 93 a 108).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 14 de julio de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra por la ciudadana MARY SANABRIA CAMACHO, conforme a las razones esbozadas en su contra. **SEGUNDO: DECLARAR** probados los hechos sustento de las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido propuesta por la demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **TERCERO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la demandante, líquidense por secretaría e inclúyase en ellas como agencias en derecho la suma de \$100.000 y de conformidad con los argumentos

*normativos esbozados en la parte motiva de este proveído. **CUARTO: CONSULTAR** esta decisión al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral, en favor del demandante en caso de no ser apelado oportunamente por este sujeto procesal, y de acuerdo con los fundamentos normativos de orden procesal esbozados en la parte motiva de esta sentencia”.*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si la demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión que reclama bajo los lineamientos definidos en el Acuerdo 049 de 1990, por aplicación del régimen de transición. Para resolverlo indicó que si bien la demandante se beneficiaba del régimen de transición por edad, lo cierto es que no conservó dicho beneficio con la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, pues no contaba con más de 750 semanas de cotización a la entrada en vigencia de dicha enmienda constitucional. Señaló sobre las inconsistencias que refiere la demandante de su historia laboral, que dentro del expediente no se encuentra acreditado que las cotizaciones que extraña hayan sido efectivamente realizadas o correspondan a una mora de sus empleadores, por lo que no hay lugar a imputar periodos adicionales a los reconocidos por la entidad.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que COLPENSIONES tiene la obligación legal de reclamar el pago de las cotizaciones dejadas de pagar por los empleadores y dicha carga no puede trasladarse a la afiliada.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en

cuanto la demandante no cumple los requisitos que definen las normas para causar el derecho a la pensión de vejez.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si la demandante tiene derecho a la corrección de historia laboral que reclama y en dado caso establecer si acredita el cumplimiento de los requisitos definidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de vejez.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 29 de octubre de 1957 (CD. 3, expediente administrativo); **ii)** que la demandante actualmente se encuentra afiliada a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES (hecho aceptado por la demandada en la contestación de la demanda, fl. 96); **iii)** que la demandante solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión y la entidad resolvió de manera desfavorable su solicitud mediante Resoluciones GNR 049360 del 1° de abril de 2013; GNR 261784 del 18 de octubre de 2013, GNR 280037 del 12 de

septiembre de 2015, VPB 63129 del 24 de septiembre de 2015, GNR 378100 del 25 de noviembre de 2015, GNR 33783 del 1° de febrero de 2016; VPB 9167 del 24 de febrero de 2016 y GNR 363205 del 1° de diciembre de 2016 (fls. 8 a 42).

- **Condición de beneficiaria del régimen de transición de la demandante y derecho a la pensión.**

Para definir este aspecto encuentra la Sala que MERY SANABRIA CAMACHO está amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues según lo demuestra la copia de la cédula de ciudadanía nació el 29 de octubre de 1957 (CD. 3, expediente administrativo), y si bien el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso en su parágrafo transitorio N° 4 que dicho régimen de transición expiraría a partir del 31 de julio de 2010, dejó a salvo las personas que a la entrada en vigencia de dicha reforma (25 de julio de 2005), tuvieran más de 750 semanas cotizadas o el equivalente en tiempo de servicios, para ellos conservó la transición hasta el año 2014. En esta situación se encontraba la demandante, pues para el 25 de julio de 2005 contaba con 751.29 semanas de cotización, según se observa de la historia laboral aportada al proceso por COLPENSIONES en el Cd. 3, que contiene el expediente administrativo de la demandante.

Para el cómputo de semanas y para llegar a la anterior conclusión la Sala tuvo en cuenta, además de las 746.3 semanas que reconoce como efectivamente cotizadas COLPENSIONES, 4.29 semanas correspondientes al periodo noviembre del año 1995, periodo que figura reportado dentro de la historian laboral por el empleador GLOBAL INTERNATIONAL y que se encuentra en ceros dentro del cómputo que realiza la entidad, sin que ésta registre en el detalle o alguno de los apartes de dicho documento, la razón por la cual no se suman dichas semanas. Nótese, que en el referido documento se omite completamente el detalle correspondiente a este mes, siendo responsabilidad de la entidad, como

administradora de pensiones, registrar debidamente las novedades y definir si el periodo no se suma por corresponder a una mora o a cualquier otra novedad (Cd. 3 expediente administrativo).

Precisa la Sala sobre este último aspecto, que a este periodo debe dársele el trato de una mora del empleador, pues ante la falta de explicación de la entidad y el registro que figura en la historia laboral, debe entenderse que en el mes de noviembre de 1995, el empleador GLOBAL INTERNATIONAL al hacer el registro correspondiente de la afiliación de la demandante, tenía a su cargo la cotización correspondiente a este periodo, y si incurrió en una omisión, era obligación de COLPENSIONES, en los términos que define el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, realizar el cobro respectivo y sumar las semanas correspondientes.

Sobre este particular, atendiendo las facultades de cobro de las administradoras y la responsabilidad del empleador de realizar el pago de aportes, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido de forma reiterada y pacífica que el afiliado no está llamado a soportar las consecuencias negativas de la mora en el pago de aportes, por cuanto la administradora estará obligada a tener como válidos los periodos en mora como responsabilidad por no adelantar las gestiones de cobro siempre y cuando el trabajador hubiera sido válidamente afiliado, por cuanto el trabajador causa el derecho del aporte con la prestación del servicio y no es responsable en su pago, así lo reiteró la Corporación en las sentencias SL4601 de 2019, SL5607 de 2019, SL4980 de 2019, SL364 de 2020, entre otras.

Aunado a lo anterior y bajo esta misma línea de interpretación, la Sala tuvo en cuenta 1 semana adicional del periodo correspondiente a diciembre de 1998, donde el empleador REINEL BARRIOS reporta a la entidad 15 días de cotización y la entidad solo suma 8 días, cuando lo correcto sería sumar el valor de las semanas

que corresponde por los 15 días y realizar el cobro respectivo por los días que estima, no fueron cubiertos con el pago realizado.

Así las cosas, entiende la Sala acreditada la condición de beneficiaria del régimen de transición de la demandante y definirá la procedencia del reconocimiento de la prestación bajo los lineamientos que define el Acuerdo 049 de 1990.

Al efecto el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, norma aplicable a la situación pensional de la demandante por transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece el derecho a la pensión de vejez para las mujeres que cumplan 55 años de edad y hayan efectuado cotizaciones al sistema de pensiones durante quinientas (500) semanas dentro los veinte (20) años anteriores al cumplimiento de dicha edad, o 1.000 semanas en cualquier tiempo.

Teniendo en cuenta dicho referente normativo se advierte que MARY SANABRIA CAMACHO cumplió 55 años de edad el 29 de octubre de 2012 (Cd. 3 expediente administrativo) y que cotizó 1.038,29 en toda su vida laboral, siendo la última cotización, la efectuada en abril de 2014 (Cd. 3 expediente administrativo).

Precisa la Sala al efecto, que si bien la apoderada de la parte demandante aduce en el recurso que la entidad demandada omitió incluir dentro del cómputo de semanas la totalidad del tiempo que laboró para el empleador REINEL JOSE BARRIOS PERDOMO, lo cierto es que la Sala no puede incluir semanas adicionales a las reconocidas por la entidad en la historia laboral, pues dicho empleador realizó el reporte de las novedades retiro correspondientes en los meses de noviembre de 1997 y diciembre de 1998, luego si la actora pretendía la inclusión de tiempos adicionales ha debido acreditar en debida forma la existencia de la relación laboral en lapsos adicionales a los que registra la entidad.

Sobre este punto, debe decir el Tribunal que no basta con la certificación obrante a folio 6, donde el empleador referido, afirma que la demandante laboró en su firma desde el 15 de enero de 1996 y hasta el 31 de diciembre de 2000, pues dicho documento por sí solo, no es claro para establecer la existencia del vínculo. Si bien, la certificación referida no fue tachada ni mereció reparo alguno a la parte demandada, tal documento no es suficiente para concluir en la existencia real del vínculo, menos aún, cuando dentro de las historias laborales que obran dentro del expediente administrativo, se advierte con claridad que dicho empleador registró unas novedades de retiro en los meses de noviembre de 1997 y diciembre de 1998. Por ello, a juicio de la Sala no es procedente realizar la inclusión de los tiempos que solicita la recurrente, ni mucho menos darles el trato de la mora de un empleador, pues corresponden a tiempos no registrados, de los cuales no tenía por qué tener conocimiento la entidad.

En este orden de ideas, entiende la Sala acreditados los requisitos establecidos en la norma para que la demandante causara su derecho a la pensión a partir del 4 de agosto de 2013, fecha en que cumplió el requisito de las 1.000 semanas y para la cual ya contaba con la edad, con efectividad a partir del 1° de mayo de 2014, fecha en que dejó de realizar cotizaciones al sistema de pensiones (Cd. 3 expediente administrativo).

Frente a la cuantía de la pensión la Sala dirá que esta corresponde a un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, en la medida que todas las cotizaciones al sistema de pensiones fueron realizadas sobre esta misma base. Dicha prestación deberá pagarse en 13 mesadas anuales teniendo en cuenta lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

De acuerdo a lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia que negó el reconocimiento de la pensión reclamada y en

su lugar se condenará a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante a partir del 1° de mayo de 2014, en los términos y cuantía definidos en precedencia.

Además, se autorizará a la entidad demandada a realizar los descuentos correspondientes a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud. Al respecto y para definir su procedencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2445 de 2019, definió que éste es procedente en la medida que las entidades pagadoras de pensiones tienen la obligación de descontar y transferir a la entidad prestadora de Salud a la que se encuentre afiliado el pensionado el valor de la cotización, por mandato del artículo 42 inc. 3° del Decreto 692 de 1994, y que quien debe asumir la carga de pagar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud es el pensionado, por disposición del artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

- Sobre la excepción de prescripción

Para resolver sobre la excepción de prescripción propuesta por la demandada, los artículos 488 del CST y 151 del CPT definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se hayan hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez esto ocurre frente a cada mesada. Dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Así las cosas, se advierte que la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión, con requisitos cumplidos, el día 17 de diciembre de 2013 (fl. 22), solicitud que fue resuelta mediante Resolución VPB 63129 del 24 de septiembre de 2015 (fls. 22 y 23), y dicho acto administrativo fue notificado a la demandante el 6 de octubre de 2015 (fl. 24). Como la actora presentó la demanda el 16

de enero de 2018 (fl. 90), fecha para la cual no había transcurrido el término trienal previsto en las normas referidas, se concluye que no operó la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

- **Intereses Moratorios**

Al efecto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece el pago de intereses moratorios a cargo de las entidades del Sistema de pensiones, por la mora en el pago de las mesadas pensionales a sus afiliados. Por su parte, el artículo 9¹ de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 19 del Decreto 656 de 1994², establecen como plazo máximo para reconocer la prestación 4 meses contados desde que se radica la solicitud con la totalidad de la documentación que acredite el derecho. Cabe resaltar en este punto, que este derecho se causa por el solo incumplimiento en el pago de las mesadas pensionales, pues la norma no condiciona su reconocimiento a que el derecho a la pensión se encuentre en discusión o a otras circunstancias distintas del no pago oportuno de las mesadas pensionales.

Sobre este derecho también conviene precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, definió la integración normativa del Acuerdo 049 de 1990 con la ley 100 de 1993 para efectos del interés moratorio (sentencia del 28 de marzo de 2006, radicación 26223).

Para el efecto se advierte de las pruebas aportadas al expediente que la demandante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión desde el 17 de diciembre de 2013 (fl. 22), no obstante, y dado que la efectividad de la prestación

¹ “Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte”

² Artículo 19.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivientes, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

se definió a partir del 1° de mayo de 2014, el término para el pago comenzaría a correr a partir de esta última fecha, por ello procede el pago de este derecho a partir del 1° de septiembre de 2014, por cada una de las mesadas en mora y hasta cuando efectúe su pago.

Finalmente, no pasa por alto la Sala que mediante Resolución GNR 049360 del 1° de abril de 2013, la entidad demandada reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la demandante (fls. 8 a 11), no obstante, dicho dinero fue reintegrado por la demandante a la entidad, con el fin de continuar realizando cotizaciones al sistema para causar el derecho a la pensión, de este hecho da cuenta el contenido de la Resolución VPB 63129 del 24 de septiembre de 2015 (fls. 22 y 23), donde la entidad señala lo siguiente: *“Que revisado el aplicativo de nómina, en reintegros se establece que el valor reconocido por indemnización sustitutiva de vejez a favor de la señora SANABRIA CAMACHO MERY, por valor de \$10.687.457, se encuentra reintegrado y en estado descargado”*. Preciado lo anterior concluye la Sala que no hay lugar a disponer la devolución o compensación de tal dinero del retroactivo pensional causado.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia para en su lugar **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la demandante MERY SANABRIA CAMACHO la pensión de vejez a partir del 1° de mayo de 2014, en cuantía de un salario

mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, en 13 mesadas anuales, junto con el retroactivo causado a partir de esta fecha. De acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar del valor del retroactivo pensional causado por la demandante y de las mesadas pensionales que se sigan causando, la suma correspondiente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo indicado en esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la demandante MERY SANABRIA CAMACHO los intereses moratorios sobre cada una de las mesadas en mora a partir del 1° de septiembre de 2014 y hasta cuando se efectúe su pago, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
EN USO DE PERMISO

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 11-2018-00679-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandada **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 12 de febrero de 2021 del Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia de la afiliación de la **DEMANDANTE** al RAIS, declaró que nunca se trasladó del RPM, ordenó el traslado de los recursos de la RPM y gastos de administración, condenó en costas a las AFP demandadas (27:36 archivo “73.1Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 18 archivo “005Demanda”).**

MARÍA ISABEL GARCÉS VARGAS solicitó declarar nulo o subsidiariamente ineficaz su traslado del RPM al RAIS y posteriores traslados entre AFP, en consecuencia, declarar que sigue afiliada al RPM, ordenar la devolución del saldo de su CAIP y condenar a **COLPENSIONES** al pago de la pensión de vejez conforme la Ley 100 de 1993, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 24 de junio de 1962, se afilió al ISS el 19 de julio de 1985 y se trasladó a la AFP

HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** en junio de 1994, fecha cuando tenía 32 años y 421,71 semanas cotizadas, permaneciendo en el RAIS a través de varias AFP, sin que aquellas le suministraran información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales, reuniendo 1547,57 semanas a la fecha de radicación de la demanda. Aseguró que tras una asesoría privada, descubrió la falta de información y asesoría a la que fue expuesta, por lo cual solicitó ante **COLPENSIONES** la nulidad o ineficacia de su traslado pensional al RAIS.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE**, su afiliación al ISS, su traslado al RAIS y que radicó petición reclamando la nulidad de dicho acto. Indicó que no le constan las presuntas falencias de información y asesoría por parte de las AFP, no se acreditó vicio del consentimiento de su decisión de traslado al RAIS, ni protesta ni ninguna otra manifestación de inconformidad con tal hecho, siendo una decisión libre y autónoma, sin que se cumplan los requisitos para retornar al RPM debido a la restricción por edad. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, improcedencia del cobro de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (archivo “021ContestacionDeDemanda”).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de traslado al RAIS y que la **DEMANDANTE** es su actual afiliada. Indicó que la **DEMANDANTE** no demostró los vicios del consentimiento alegados, siendo la decisión e traslado libre, voluntaria e informada tal y como consta en el formulario de afiliación, el cual

tiene una declaración expresa de consentimiento, además las afiliaciones a las distintas AFP cumplen los requisitos legales exigidos al momento en que se efectuó cada una, en todo caso, sus asesores explicaron las características de cada régimen pensional, tras lo cual la **DEMANDANTE** decidió permanecer en el RAIS. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (Pág. 1 a 19 archivo “042ContestacionDeDemanda”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE**. Indicó que cumplió sus obligaciones de información y buen consejo, ya que expuso las características de ambos regímenes pensionales, tras lo cual la **DEMANDANTE** aceptó libremente efectuar su afiliación a AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del SGP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se nula o ineficaz la afiliación y la genérica (Pág. 61 a 85 archivo “042ContestacionDeDemanda”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE**, su afiliación al ISS y traslado al RAIS. Indicó que no hay mérito para declarar nulo o ineficaz el traslado de régimen pensional de la **DEMANDANTE**, a quien se le suministró la información suficiente y necesaria para conocer las características de ambos regímenes y así permitir una decisión libre e informada, cumpliendo la afiliación todos los requisitos normativos exigibles para la fecha, por lo cual son válidas y producen pleno efecto, más aún cuando no hay ninguna prueba de las falencias alegadas por la afiliada. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe,

enriquecimiento sin causa y la genérica (Pág. 1 a 21 archivo “055ContestacionDeDemanda”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE**. Indicó que brindó a la afiliada una asesoría completa de ambos regímenes, por lo cual conoció el alcance de su decisión de trasladarse al RAIS, régimen al cual ha permanecido durante años reiterando su voluntad a través de varios traslados de AFP, sin que se causara ningún vicio del consentimiento, por lo cual no hay ningún mérito para acceder a las pretensiones. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, falta de presupuestos para acceder al traslado al RPM, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, obligación a cargo de un tercero, imposibilidad de ir contra los propios actos, petición antes de tiempo, ausencia de vicios del consentimiento y la genérica (Pág. 34 a 56 archivo “055ContestacionDeDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (27:36 archivo “73.1Audiencia”).

El 12 de febrero de 2021, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación celebrada por la aquí demandante MARÍA ISABEL GARCÉS VARGAS a la AFP HORIZONTE hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. suscrita o efectuada en el año 1994, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. SEGUNDO DECLARAR que para todos los efectos legales la aquí demandante MARÍA ISABEL GARCÉS VARGAS nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de conformidad a lo expuesto en las consideraciones de la presenten sentencia. TERCERO: CONDENAR a OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS, sociedad con la cual la actora mantiene en la actualidad vigente la afiliación, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorros individual de la aquí demandante GARCÉS VARGAS, tales como aportes o cotizaciones, gastos de administración, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas

*adicionales con intereses o rendimientos que se hubiesen causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil, de conformidad a los argumentos esbozados en la parte motiva del presente proveído. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES admitir el traslado de la aquí demandante MARÍA ISABEL GARCÉS VARGAS, con sus respectivos aportes al régimen que administra hoy Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia. **QUINTO DECLARAR** no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. **SEXTO: CONDENAR** en costas a las AFP demandadas que pertenecen al Régimen de Ahorro Individual, a saber **PORVENIR, COLFONDOS, OLD MUTUAL** y **PROTECCIÓN**, liquídense por Secretaría e inclúyanse en ellas la suma de \$2.000.000, valor en que se estiman las agencias en derecho y de conformidad con los argumentos de orden normativo esbozados en la parte motiva de esta providencia. **SÉPTIMO: CONSULTAR** esta providencia a favor de **COLPENSIONES** ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en caso de no ser apelada oportunamente y de conformidad con los argumentos esbozados, de orden normativo y procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado de régimen pensional de la **DEMANDANTE** fue ineficaz, en caso afirmativo, fijar si procede su retorno al RPM y demás pretensiones.

Para resolver indicó que aplicando el precedente jurisprudencial de la H. CSJ, inclusive de acción de tutela contra el Despacho de 2020, abandonó su precedente horizontal, por tanto, corresponde a las AFP acreditar el cumplimiento diligente del deber de información, lo cual no logran en el caso bajo estudio, sin que exista confesión alguna de la **DEMANDANTE** en su interrogatorio de parte, por lo cual accedió a las pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar las condenas en su contra, porque al momento del traslado pensional no era exigible a las AFP que la asesoría brindada fuera documentada, obligación que nació con la Ley 1748 de 2014, por tanto, bastaba con la asesoría verbal conforme las Leyes 797 de 2003 y 1328 de 2009,

por lo cual no es exigible que la AFP acredite documentalmente la asesoría y que brindó simulaciones u otro documento, por ende, como se brindó la información adecuada, no hay vicio del consentimiento y no proceden las condenas (30:46 archivo “73.1Audiencia”).

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, porque declarar ineficaz el traslado pensional afecta el principio de sostenibilidad financiera al impedir mantener los fondos adecuados para pagar las pensiones actuales y precaver las futuras, por ello, mantener la condena implica que sea el patrimonio público quien pague la pensión de la **DEMANDANTE**, quien no ayudó a financiar las pensiones del RPM y su ahorro no es suficiente para pagar su propia pensión, subsidiariamente, de mantenerse la condena, reclamó condenar a la AFP responsable del vicio o a la **DEMANDANTE** a pagar el cálculo actuarial necesario para evitar la desfinanciación conforme la sentencia SU-062 de 2010 (33:04 archivo “73.1Audiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora María Alejandra Almanza Núñez, identificada con CC 1.018.456.532 y TP 273.998 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo, porque la **DEMANDANTE** está bajo la restricción legal de retorno de régimen, no acreditó vicios del consentimiento, no procede la inversión de la carga de la prueba y el deber de información se materializó con la Ley 1748 de 2014 y se genera la descapitalización del RPM; de forma subsidiaria, solicitó condicionar el cumplimiento de la sentencia a que la AFP haga la devolución de todas las sumas de la CAIP y gastos de administración, indexados y no condenar en costas. El apoderado principal de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, porque no se acreditó vicio del consentimiento, no procede la figura de la ineficacia, brindó información completa a la afiliada sobre el alcance de su

decisión de traslado y no procede la devolución de gastos de administración. Agotado el término de traslado, los apoderados de las demás partes no presentaron alegatos de conclusión.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y posteriores traslados de AFP, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **MARÍA ISABEL GARCÉS VARGAS** nació el 24 de junio de 1962 (Pág. 19 archivo “005Demanda”); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS el 19 de julio de 1985, cotizando 435,43 semanas (carpeta “25.1Anexos”); **iii)** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 27 de mayo de 1994, efectivo desde el 1º de junio

de 1994 (Pág. 24 archivo “055ContestacionDeDemanda”); **iv)** la **DEMANDANTE** se trasladó a **PORVENIR S.A.** mediante formulario del 17 de noviembre de 1999, efectivo el 1° de enero de 2000 (Pág. 23 a 24 archivo “055ContestacionDeDemanda”); **v)** la **DEMANDANTE** se trasladó a la AFP HORIZONTE mediante formulario del 28 de febrero de 2003, efectivo desde el 1° de abril de 2003 (Pág. 24 archivo “055ContestacionDeDemanda”); **vi)** la **DEMANDANTE** se trasladó a la AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** mediante formulario del 31 de octubre de 2006, efectivo desde el 1° de diciembre de 2006 (Pág. 4 a 5 archivo “044ContestacionDeDemanda”); **vii)** la **DEMANDANTE** se trasladó a **COLFONDOS S.A.** mediante formulario del 26 de octubre de 2009, efectivo desde el 1° de diciembre de 2009 (Pág. 2 a 4 archivo “056Prueba”); **viii)** la **DEMANDANTE** se trasladó a OLF MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** mediante formulario del 23 de junio de 2017, efectivo desde el 1° de agosto de 2017, AFP a donde permanece vinculada consolidando 1590,43 semanas cotizadas a julio de 2019 (Pág. 20, 28 a 37, 53 a 54 archivo “042ContestacionDeDemanda”).

En el presente asunto, el *a quo* declaró la ineficacia de la afiliación de la **DEMANDANTE** al RAIS, declaró que nunca se trasladó del RPM, ordenó el traslado de los recursos de la RPM y gastos de administración, condenó en costas a las AFP demandadas.

El apoderado de la demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar las condenas en su contra. Señaló que al momento del traslado de régimen pensional no era exigible a las AFP que la asesoría verbal fuera documentada, deber que nació con la Ley 1748 de 2014, por ende, no es posible exigir dicha prueba y como brindó la información adecuada y no se acreditó vicio del consentimiento, no proceden las condenas.

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que declarar ineficaz el traslado de régimen pensional desconoce el principio de sostenibilidad financiera y será el patrimonio público quien pagaría la

pensión de la **DEMANDANTE**, cuyo ahorro no es suficiente para financiar su propia pensión; de forma subsidiaria, señaló que de mantenerse la condena se debe ordenar a la AFP responsable del vicio o a la **DEMANDANTE** pagar el cálculo actuarial conforme la sentencia SU-062 de 2010.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos

regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

consejo y doble asesoría.		

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisoriales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional,

conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero indicar que los apoderados de las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, en sus alegatos de segunda instancia, presentaron argumentos contra el fallo de primera instancia no expuestos al sustentar sus recursos de apelación, frente los cuales no hará ningún pronunciamiento esta Sala, por cuanto el principio de consonancia, consagrado en el artículo 69A CPTSS, limita la competencia del Juez de segunda instancia a las materias objeto del recurso de apelación. Lo anterior sin perjuicio del estudio completo que deba realizar esta Corporación para resolver el grado jurisdiccional de consulta.

Realizada la anterior advertencia, advierte la Sala que no hay controversia entre las partes sobre el hecho de que la demandante **MARÍA ISABEL GARCÉS VARGAS** se trasladó del RPM al RAIS mediante su afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 27 de mayo de 1994, traslado cuya validez está en discusión por cuanto

la **DEMANDANTE** alegó que no fue precedido de la suficiente asesoría y buen consejo por parte del asesor comercial de dicha AFP.

La jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 , SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019, SL4025 de 2021, SL1891 de 2022, entre otras, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se

destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE** y los subsecuentes traslados entre AFP, las sociedades administradoras de fondos de pensiones **DEMANDADAS** hayan brindado a la **DEMANDANTE** una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acredita con la mera firma del formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por tanto, es razonable inferir las **DEMANDADAS** no demuestran haber cumplido dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Ahora bien, la **DEMANDANTE** indicó bajo interrogatorio que la decisión de traslado la adoptó confiando en las diversas asesorías que recibió por los agentes comerciales de las **AFP DEMANDADAS**, quienes les aseguraron que sus aportes darían mejores rendimientos en el RAIS y por tanto podría disfrutar de una mejor pensión, sin que la Sala observe que dicha manifestación constituya confesión de haber recibido una asesoría completa, clara y entendible de las características de ambos regímenes pensionales, por cuanto se limita a describir uno solo de los aspectos puntuales del RAIS (los rendimientos de aportes), más no indicó las demás características de dicho régimen ni efectuó mención alguna sobre el funcionamiento del RPM, último respecto del cual la

DEMANDANTE no expresó haber sido asesorada al momento del traslado de régimen o con posterioridad.

De otra parte, a pesar de que la **DEMANDANTE** se afilió al fondo de pensiones voluntarias de OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** el 27 de septiembre de 2016 (Pág. 21 a 24 archivo “042ContestacionDeDemanda”), dicho acto no refleja una asesoría comparativa entre el RPM y el RAIS, al limitarse a describir aspectos del RAIS sin hacer mención o comparación alguna con el RPM ni brindar consejo sobre las implicaciones de permanecer en el RAIS, a la vez que para dicha data la **DEMANDANTE** no podía realizar el traslado de régimen por la restricción de edad de la Ley 797 de 2003.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos del recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y confirmará el fallo de primera instancia.

Ahora bien, respecto el grado jurisdiccional de consulta, no puede pasar por alto la Sala que la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para todas las **AFP DEMANDADAS**, no solo para **SKANDIA S.A.**, de devolver debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a **COLPENSIONES** activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

La anterior condena no afecta el principio de sostenibilidad fiscal, aun cuando no se acceda a la súplica de ordenar un cálculo actuarial

porque la sentencia SU-062 de 2010 no aplica a la ineficacia del traslado pensional, toda vez que la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, por lo cual las **AFP DEMANDADAS** deberán reintegrar al RPM todos los recursos que sirven para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras. En tal sentido se modificará el fallo de primera instancia para condenar a todas las **AFP DEMANDADAS**.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019; SL4062 de 2021; SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **SKANDIA S.A.** con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a las demandadas **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dichas sociedades, valores que deberán ser indexados y asumidos por dichas AFP con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral noveno a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 12 2021 00154 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR contra la sentencia proferida el 1° de febrero de 2022, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MIGUEL HUMBERTO PARRA PINTO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 1° de agosto de 1959; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 20 de mayo de 1986 y el 30 de abril de 1997, y cotizó a dicha entidad un total de 191.29 semanas; que el 19 de marzo de 1997, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 11 de febrero de 2021, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del actor y su afiliación inicial a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por no cumplimiento de los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, e imposibilidad de condena en costas (Pdf. 7).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y su afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pdf. 6).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 1° de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por el señor MIGUEL HUMBERTO PARRA PINTO al régimen de ahorro individual con solidaridad, materializado el 1 de mayo de 1997, a través de Porvenir, conforme lo expuesto. **SEGUNDO: DECLARAR** vinculado al señor MIGUEL HUMBERTO PARRA PINTO al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto. **TERCERO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor MIGUEL HUMBERTO PARRA PINTO como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento en que se materialice el traslado de los recursos. **CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor MIGUEL HUMBERTO PARRA PINTO al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva. **SEXTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE

*FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a favor del demandante, inclúyase en el acto de la liquidación la suma de \$2'000.000 por concepto de agencias en derecho. **SÉPTIMO: CONSULTAR** la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, por lo expuesto. **OCTAVO:** En cumplimiento de lo ordenado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispone que, por secretaría, se remita copia de esta decisión a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, previo al envío del expediente al superior.”.*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado del actor es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que para el momento que se efectuó el traslado de régimen del actor, no existía obligación legal relacionada con la documentación de la información que se brindaba al afiliado, o que ésta debiera tener o cumplir unas condiciones específicas, pues para dicho momento la única exigencia era la suscripción del formulario de afiliación que contiene la manifestación de voluntad del afiliado. Señala, que, en el caso bajo estudio, no se acreditó la existencia de lesión o perjuicio alguno al demandante lo que torna improcedente la declaratoria de ineficacia del traslado. Agrega que, en caso de confirmarse la decisión, debe revocarse en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración, pues la entidad realizaba este descuento,

porque se encuentra debidamente autorizado por la ley, y porque dicho rubro está destinado a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación del demandante.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto no se dan los requisitos definidos en la jurisprudencia para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto la AFP demandada no acreditó el cumplimiento del deber de información definido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 1° de agosto de 1959 (fl. 3, Pdf. 1); **ii)** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 20 de mayo de 1986 y el 30 de abril de 1997, por un total de 191.29 semanas (fl. 183, Pdf. 7); **iii)** que el 19 de marzo de 1997, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 37, Pdf. 1); **iv)** que el 11 de febrero de 2021, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 44, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las

administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>

<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la

ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor MIGUEL HUMBERTO PARRA PINTO se trasladó a la AFP PORVENIR el 19 de marzo de 1997, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (carpeta 13, audio, min. 27:21), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en el Hospital La Samaritana, que allí se reunió con una asesora de PORVENIR por aproximadamente 15 minutos. Señaló, que lo único que le dijeron es que el Seguro Social iba ser liquidado y podría quedarse sin pensión si no se trasladaba, que también le dijeron que obtendría mayores beneficios pensionales en el fondo y que su situación pensional sería más favorable a sus intereses, que ante dichas afirmaciones accedió a trasladarse.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del

acto del traslado y no de la afiliación, porque los antecedentes jurisprudenciales expuestos señalan que los efectos de la ineficacia recaen sobre el acto del traslado de régimen, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraban. Ello acarrea para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso la sentencia de primera instancia se confirmará en lo pertinente.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia

en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
EN USO DE PERMISO


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 14 2019 00306 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia dictada el 29 de junio de 2021 por la Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró probada la excepción de prescripción sobre el retroactivo pensional reclamado.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ORLANDO HERNANDEZ ROJAS, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con el fin de se declare que causó el derecho a la pensión de invalidez reconocida por la demandada a partir del 1° de mayo de 2009. Como consecuencia de lo anterior, pide que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar el retroactivo pensional causado entre el 1° de mayo de 2009 y el 30 de agosto de 2014 y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en que mediante dictamen emitido por COLPENSIONES el 28 de febrero de 2014, se definió que tiene una pérdida de capacidad laboral del 74.8% que se estructuró el 30 de abril de 2009; que el 18 de marzo de 2014, solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de invalidez y mediante Resolución GNR 288796 del 19 de agosto de 2014, la demandada reconoció la prestación a partir del 1° de septiembre de 2014; que en vista de que la entidad no le reconoció la pensión desde la fecha de estructuración del estado de invalidez, solicitó a la demandada el reconocimiento del respectivo retroactivo pensional; que mediante Resolución GNR 51334 del 17 de febrero de 2016, la demandada negó el reconocimiento del retroactivo pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la condición de invalido del actor, las solicitudes presentadas y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción (Pdf. 01, fls. 56 a 62).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá al que le correspondió tramitar la primera instancia mediante sentencia del 29 de junio de 2021, declaró probada la excepción de prescripción sobre el retroactivo pensional reclamado.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: ***“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción. SEGUNDO: NEGAR la totalidad de las pretensiones de la demanda. TERCERO: SIN COSTAS. CUARTO: CONSULTAR esta decisión en el caso de no ser apelada.”***

La Juez definió el problema jurídico en establecer si el demandante tiene derecho al retroactivo pensional que reclama. Para resolverlo indicó que si bien las pruebas del expediente acreditan que el estado de invalidez del demandante se estructuró el día 30 de abril de 2009, y que por ello tendría derecho a que su pensión fuera reconocida a partir de dicha fecha, lo cierto es que no reclamó el pago de las mesadas adeudadas dentro del término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPL, por lo que operó la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Solicita que se revoque la sentencia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente declarar probada la excepción de prescripción, que la juez realizó una indebida valoración e interpretación del tema en cuanto no tuvo en cuenta que la demanda se presentó en tiempo y por ello es procedente ordenar el pago del retroactivo pensional reclamado.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. Por su parte la apoderada de la parte demandada solicita que se confirme la decisión que declaró probada la excepción de prescripción.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 66 A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si operó la excepción de prescripción respecto del retroactivo pensional reclamado.

VII. CONSIDERACIONES

No fue objeto de controversia que **i)** mediante dictamen emitido por COLPENSIONES el 28 de febrero de 2014, se definió que el demandante tiene una pérdida de capacidad laboral del 74.8%, la cual se estructuró el 30 de abril de 2009 (Pdf. 1, fls. 5 y 6); **ii)** que el demandante solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de invalidez el 18 de marzo de 2014 y mediante Resolución GNR 288796 del 19 de agosto de 2014, la demandada le reconoció una pensión de invalidez a partir del 1° de septiembre de 2014, en cuantía inicial de un salario mínimo legal mensual vigente (Pdf. 01, fls. 10 a 15); **iii)** que el 22 de enero de 2016 el demandante solicitó el reconocimiento del retroactivo pensional y la entidad demandada mediante Resolución GNR 51334 del 17 de febrero de 2016, resolvió de manera desfavorable la solicitud (Pdf. 01, fls. 18 a 21).

- Sobre la excepción de prescripción

Para resolver este aspecto de la controversia, los artículos 488 del CST y 151 de CPL disponen un término de tres años para instaurar la acción judicial que busca el reconocimiento de un derecho laboral, contado “*desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible*” so pena de prescripción, en materia de pensión de invalidez ello ocurre en la fecha en que se declara el estado de invalidez. En ese momento surge el derecho al pago de las mesadas y la acción va prescribiendo para cada una de ellas en forma

independiente por tres años, salvo reclamo escrito del afiliado que interrumpe el término prescriptivo, por una sola vez y hace que éste corra nuevamente.

Teniendo en cuenta la específica controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que se reclama en este proceso el retroactivo pensional causado entre el 1° de mayo de 2009 (día siguiente a la fecha de estructuración de la invalidez) y el 30 de agosto de 2014 (mesada anterior a la reconocida por la entidad demandada), por ello debe la Sala analizar si el demandante reclamó el pago de dicho retroactivo antes de que operara el fenómeno de prescripción respecto de cada una de estas mesadas.

Una vez revisadas las pruebas del expediente, se advierte que mediante dictamen emitido por COLPENSIONES el 28 de febrero de 2014, y comunicado al actor el 18 de marzo de 2014, dicha entidad definió que ORLANDO HERNANDEZ ROJAS tiene una pérdida de capacidad laboral del 74.8%, estructurada el 30 de abril de 2009 (Pdf. 1, fls. 4 a 6); que mediante escrito presentado ante COLPENSIONES el 18 de marzo de 2014, el actor solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, prestación que fue reconocida a partir del 1° de septiembre de 2014 (Pdf. 1, fls. 9 a 14), mediante Resolución GNR 288796 del 19 de agosto de 2014, la cual fue notificada al demandante el 28 de agosto de 2014.

Consta además que si bien el actor, mediante escrito presentado el 22 de enero de 2016, solicitó el reconocimiento del retroactivo aquí reclamado, con lo cual interrumpió el término de prescripción, lo cierto es que dicho reclamo fue resuelto de forma desfavorable mediante Resolución GNR 51334 del 17 de febrero de 2016, que fue notificada al demandante el 24 de febrero de 2016 (Pdf. 1, fls. 17 a 21). Como no existe evidencia de que se hubiera presentado recurso alguno contra dicho acto administrativo y la demanda se presentó el 24 de abril de 2019 (Pdf. 1, fl. 30), cuando

ya había transcurrido el término trienal previsto en las normas citadas, se concluye que operó la excepción de prescripción sobre el retroactivo pensional aquí reclamado.

Como la juez de primera instancia llegó a la misma conclusión, se confirmará la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 14 2019 00615 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2021, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CLAUDIA PATRICIA IBARRA RODRIGUEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que

se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 31 de diciembre de 1962; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 18 de noviembre de 1986 y el 31 de marzo de 2000, y cotizó a dicha entidad un total de 459.43 semanas; que el 6 de junio de 2002, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen, ni que podía regresar al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que el 4 de abril de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (fls. 81 a 84).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la

prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (Cd. 3, Pdf.).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 24 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora CLAUDIA PATRICIA IBARRA RODRIGUEZ, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. **SEGUNDO: ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., donde se encuentra vinculada la demandante a trasladar el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por gastos de administración. **TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la señora IBARRA RODRIGUEZ en el Régimen de Prima Media con prestación definida e incorporar en su historia laboral todos los aportes que hizo en RAIS. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción. **QUINTO: CONDENAR EN COSTAS** de la acción a la parte demandada”.

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema

de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que dentro del expediente no se tuvo en cuenta que para el momento del traslado la demandante era asesora comercial de la entidad y precisamente era quien buscaba potenciales clientes para afiliarlos al RAIS, que su especial condición, denota que tenía conocimiento de la decisión que tomaba al trasladarse de fondo y que contaba con los elementos de juicio necesarios para tomar una decisión informada, pues recibió capacitaciones en reiteradas ocasiones sobre el tema. Agrega que en caso de confirmarse la decisión, debe revocarse en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración, pues el descuento que se realiza por este concepto está debidamente autorizado en la Ley y corresponde a la labor de administración que realiza la entidad. Finalmente aduce que de todas formas, dichos valores están sujetos al término de prescripción trienal, pues no están destinados a financiar la prestación de la demandante.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que el traslado de la demandante obedeció a una decisión libre y voluntaria, pues no se acreditó dentro del expediente la existencia de vicio en el consentimiento alguno, que además la decisión de permanecer en el RAIS fue voluntaria y contaba con los elementos de juicio necesarios para definir las implicaciones de su

permanencia en el RAIS, teniendo en cuenta su especial condición de asesora comercial de PORVENIR.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de PORVENIR presentó alegaciones y solicita que se revoque la decisión de primera instancia, al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 31 de diciembre de 1962 (fl. 3); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy

COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 18 de noviembre de 1986 y el 31 de marzo de 2000, por un total de 459.43 semanas (fl. 13); **iii)** que el 6 de junio de 2002, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (Cd. 3, Pdf., fl. 85); **iv)** que el 4 de abril de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 6).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos

regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o</i>

		<i>promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora CLAUDIA PATRICIA IBARRA RODRIGUEZ se trasladó a la AFP PORVENIR el 6 de junio de 2002, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que

recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 5, min. 15:36), pues al efecto solo manifestó que fue asesora de PORVENIR entre junio y septiembre de 2002, y que su función era conseguir clientes que se afiliaran a dicho fondo. Sobre la situación particular de su traslado indicó que era directriz de la compañía afiliarse a dicho fondo para ingresar a trabajar porque no les era permitido pertenecer a otro fondo, que en las capacitaciones recibidas, las cuales se hacían en reuniones masivas, les indicaban que los fondos de pensiones tenían condiciones pensionales más favorables como poder pensionarse antes de los 57 años, tener una cuenta de ahorro para disponer de ella, y además les dijeron que por las afiliaciones obtendrían comisiones. Señaló que nunca pudo realizar una afiliación y por ello se retiró tan pronto de la entidad.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por la representante legal de PORVENIR en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 5, min. 08:52), pues al efecto sólo manifestó que la demandante era asesora de la entidad para la época del traslado, que no estuvo presente en la diligencia y el único documento con el que cuenta la entidad es el formulario de afiliación.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen

pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Ahora, si bien las apoderadas de las demandadas aducen en el recurso que la demandante por su condición de asesora comercial de PORVENIR, contaba con información clara y suficiente para tomar la decisión del traslado por las capacitaciones recibidas sobre el traslado de régimen pensional y funcionamiento del RAIS, lo cierto es que PORVENIR no aportó prueba alguna que acredite que tipo de información o capacitación recibían sus asesores en la época, relacionada con el funcionamiento del RAIS y las implicaciones de pertenecer a dicho régimen, nada se advierte sobre el particular en el expediente y además dichos hechos tampoco pueden establecerse de lo manifestado en el interrogatorio de parte, pues la actora no aceptó tal situación en dicha diligencia y por el contrario adujo que el traslado correspondía a una directriz que daba la entidad para poder ingresar a laborar. Por ello, no puede la Sala simplemente deducir, por la condición de asesora que tuvo la demandante, que conocía y sabía las implicaciones de su decisión.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará

la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL 4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo

por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
EN USO DE PERMISO


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 15-2019-00766-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 11 de noviembre de 2021 del Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS y subsecuente traslado de AFP, ordenó la devolución del saldo de la CAIP, declaró válida la afiliación al RPM y se abstuvo de condenar en costas (01:34:34 archivo “38.1Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (archivo “003Demanda”).**

GUILLERMO ERNESTO MANSILLA ÁLVAREZ solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS, condenar el saldo de la CAIP y reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 05 de junio de 1962; se afilió al ISS; que en julio de 1994 se trasladó al RAIS mediante afiliación a la AFP COLMENA hoy **PORVENIR S.A.**, AFP que nunca le suministro información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y

contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que el traslado de régimen le genere perjuicios.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado. Indicó no constarle los hechos del traslado de régimen, en todo caso, no hay prueba de las falencias alegadas y por el contrario, la firma del formulario acredita que la decisión fue libre, consciente y espontánea. Interpuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe (Pág. 1 a 6 archivo “014ContestacionDeDemanda”)

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado. Indicó que el traslado se realizó con la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, por lo cual desconoce las condiciones de dicho acto, en todo caso, antes del traslado a **PORVENIR S.A.** realizó asesoría suficiente y completa sobre las condiciones de ambos regímenes pensionales, de lo cual quedó manifestación por escrito en el formulario de afiliación y solo hasta los Decreto 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y Ley 1748 de 2015 se impuso el deber de realizar comparaciones entre los regímenes y de explicar las consecuencias del traslado de régimen, sin que el afiliado acredite los hechos alegados en la demanda. Como excepciones interpuso prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 7 a 25 archivo “014ContestacionDeDemanda”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y su permanencia en el RPM. Indicó que los asesores de la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** brindaron asesoría técnica, oportuna y clara sobre los regímenes

pensionales, su funcionamiento y las consecuencias de su traslado, en especial las diferencias entre una cuenta individual y un fondo común, el capital acumulado versus semanas y edad, la garantía de pensión mínima, la devolución de saldos versus indemnización sustitutiva, entre otros aspectos, tras lo cual el afiliado decidió su traslado al RAIS, contando con todos los elementos para hacer su juicio de conveniencia, sin que para dicha época fuera viable proyectar un posible monto pensional y además el comparativo financiero surgió hasta la Ley 1748 de 2014, sin que exista prueba de vicio del consentimiento o causal de ineficacia. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración por nulidad o ineficacia de la afiliación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional y la genérica (archivo “026ContestacionDeDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:34:34 archivo “38.1Audiencia”).

El 11 de noviembre de 2021, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por el señor demandante GUILLERMO ERNESTO MANSILLA ÁLVAREZ, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP COLMENA hoy representada por PROTECCIÓN S.A., el día 22 de julio del año 1994. Como consecuencia de lo anterior ORDENAR al fondo PORVENIR, donde actualmente se encuentra afiliado el señor DEMANDANTE, trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES, a esta que reactive la afiliación que alguna vez tuvo el señor DEMANDANTE en dicho fondo, reciba dichos recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, como consecuencia natural de la ineficacia y de acuerdo lo dispuesto en la parte motiva. SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva y DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas. TERCERO: si la presente providencia no fuere impugnada y dado el resultado

desfavorable para la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la naturaleza juncica de la misma, se remitirán las diligencias al Superior para que la revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer si el traslado de régimen pensional es nulo y demás pretensiones.

Para resolver indicó que las AFP no acreditaron el cumplimiento diligente de su deber de información, asesoría y buen consejo porque se limitaron a aportar los formularios de afiliación, por tanto, declaró la ineficacia del traslado pensional y ordenó devolver el saldo de la CAIP sin retornar los gastos de administración y se abstuvo de condenar en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que las pruebas acreditan que si hubo asesoría al momento del traslado y el afiliado decidió luego trasladarse a otra AFP, actos de relacionamiento que acreditan su voluntad de permanecer en el RAIS, teniendo la demanda como una motivación un interés económico, asunto que no es causal para afectar la validez del traslado, en todo caso, de mantenerse la condena, solicitó ordenar a las AFP devolver los gastos de administración (01:39:00 archivo “38.1Audiencia”)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 1.037.639.320 y TP 288.820 del C.S.J., quien solicitó acceder a su recurso de apelación, porque no hay prueba de vicio del consentimiento, el afiliado recibió toda la información al momento del traslado, no procede la inversión de la carga de la prueba, no es viable el retorno al RPM por la restricción por edad y porque se afecta el principio de sostenibilidad fiscal. Por su parte, **PORVENIR S.A.**, representada por la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.

identificada con NIT 830.515.294, a través de la doctora Angélica María Cure Muñoz, identificada con CC 1.140.887.921 y TP 369.821 del C.S.J., solicitó confirmar parcialmente el fallo y mantener la absolución de la condena a devolver gastos de administración. Agotado el término, los abogados de las demás partes no presentaron alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN S.A.** y posterior traslado de AFP, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **GUILLERMO ERNESTO MANSILLA ÁLVAREZ** nació el 05 de junio de 1962 (Pág. 9 y 10 archivo “003Demanda”); **ii)** el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS desde el 09 de septiembre de 1987 al 31 de julio de 1994 (subcarpeta “CC-19477060 HL” carpeta “13.1Anexos”); **iii)** el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS

mediante formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** del 22 de julio de 1994, efectivo desde el 1º de agosto de 1994 (Pág. 1 y 7 archivo “028ContestacionDeDemanda”); **iii)** el **DEMANDANTE** se trasladó a **PORVENIR S.A.** mediante formulario del 31 de enero de 2003, efectivo desde el 1º de marzo de 2003, AFP donde sigue vinculado y acumula 1295 semanas a febrero de 2020 (Pág.38, 59 y 68 archivo “014ContestacionDeDemanda”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS y subsecuente traslado de AFP, ordenó la devolución del saldo de la CAIP, declaró válida la afiliación al RPM y se abstuvo de condenar en costas.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que las pruebas acreditan asesoría al momento del traslado y el afiliado decidió trasladarse de AFP, acto de relacionamiento que acredita su voluntad de permanecer en el RAIS y la demanda tiene una motivación económica, la cual no es causal para afectar la validez del traslado, en caso de mantenerse la condena, solicitó ordenar a la AFP devolver los gastos de administración.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente

las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>

<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero señalar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM

por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019, SL4025 de 2021, SL1891 de 2022, entre otras, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del

Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE** y su subsecuente traslado de AFP, las **AFP DEMANDADAS** brindaran asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias del traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acredita con la mera firma del formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por tanto, es razonable inferir que las **DEMANDADAS** no demuestran el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, el **DEMANDANTE** no confesó ningún hecho en su interrogatorio, por cuanto si bien indicó que sus aportes generan rentabilidad, aclaró que no recibió información sobre características del RAIS ni del RPM y dicha falta de elementos le impidió conocer el alcance de la decisión de traslado de régimen pensional, por tanto, no hubo confesión que permita concluir que las **AFP DEMANDADAS** cumplieron diligentemente sus deberes de asesoría, información y buen consejo.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación de **COLPENSIONES** y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se accede a la suplicas de **COLPENSIONES** de declarar que el afiliado ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con actos de relacionamiento, por cuanto la H. CSJ ha señalado que dicha teoría

no aplica en casos de ineficacia del traslado, dado que el traslado de AFP, no ejercicio de derecho de retracto, traslado de AFP y no retorno al RPM antes de la restricción por edad denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y del riesgo financiero que asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras.

Respecto el grado jurisdiccional de consulta, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para todas las **AFP DEMANDADAS** de devolver debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a **COLPENSIONES** activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, reiterando que las **AFP DEMANDADAS** deberán reintegrar al RPM todos los recursos que sirven para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente

pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019; SL4062 de 2021; SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado del RAIS al RPM que realizó el demandante **GUILLERMO ERNESTO MANSILLA ÁLVAREZ**, conforme la parte motiva de esta sentencia. En consecuencia, **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliado a dicha Sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos; así mismo **CONDENAR** a **COLPENSIONES** recibir de dicha AFP los valores aludidos e

incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la **DEMANDANTE** y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad. De otra parte, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por dicha AFP con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral cuarto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

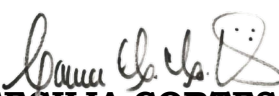
CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 20 2020 00232 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ODILIA RAMIREZ ORTIGOZA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 30 de noviembre de 1960; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de julio de 1981 y el 30 de junio de 2001, y cotizó a dicha entidad un total de 1.020,29 semanas; que el 30 de mayo de 2001, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó que podría regresar cuando le faltarán menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que el 19 de febrero de 2020, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada (Pdf. 13, fls. 3 a 39).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no

debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe. (Pdf. 10, fls. 3 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 16 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“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 ODILIA RAMIREZ ORTIGOZA a la AFP PORVENIR S.A. el 30 de mayo de 2001, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., DEVOLVER la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada ODILIA RAMIREZ ORTIGOZA, 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, a la AFP PORVENIR S.A., a favor de la demandante. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMLMV, pagaderos a cuota parte. **QUINTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda 531 **SEXTO: REMÍTASE** el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para

resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar el regreso de la demandante al RPM ya que no se acreditó la existencia de vicios en el consentimiento, hecho que debía probar la parte demandante. Dice además, que debe tenerse en cuenta que la actora se encuentra incurso dentro de una prohibición legal para regresar al RPM y que disponer la ineficacia en el caso bajo estudio, atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. Por su parte el apoderado de la demandada PORVENIR también solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que

fueron planteados en el recurso de apelación interpuesto y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 30 de noviembre de 1960 (carpeta, Pdf., fl. 20); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de julio de 1981 y el 30 de junio de 2001, por un total de 1.020,29 semanas (carpeta, Pdf., fls. 28 a 32); **iii)** que el 30 de mayo de 2001, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (Pdf. 10, fl. 29); **iv)** que el 19 de febrero de 2020, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (carpeta, Pdf., fl. 33).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre,

espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

(…)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad

social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este

deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora ODILIA RAMIREZ ORTIGOZA se trasladó a la AFP PORVENIR el 30 de mayo de 2001, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio, min. 14:06), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en SUPER POLLOS PAISA, que en su hora de descanso la abordó un asesor de Porvenir, quien le dijo que el ISS se iba acabar y que su pensión corría riesgo si permanecía en dicha entidad, que también le dijeron que tendría mayores beneficios pensionales en los fondos privados.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de

traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adocrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de

prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PORVENIR S.A. trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 20-2017-00792-02

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de ambas partes contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió de las pretensiones de la demanda inicial y de la demanda de reconvención y se abstuvo de condenar en costas (01:10:27 archivo “2 AUDIENCIA”).

I. ANTECEDENTES

• **CUESTIÓN PRELIMINAR.**

El proceso se asignó por reparto al magistrado sustanciador el 15 de octubre de 2020, posteriormente, por auto del 06 de octubre de 2021 se ordenó su devolución al Juzgado de origen al estar incompleto el expediente, siendo devuelto por el *a quo* el 11 de febrero de 2022.

• **DEMANDA (Pág. 5 a 24 archivo “1 EXPEDIENTE”).**

ANA MARGARITA MC BROWN demandó a **AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A. – LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A.** y solicitó declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo del 02 de noviembre de 2007 al 26 de marzo de 2016, que finalizó el empleador de forma unilateral sin justa causa y sin autorización del MINISTERIO DE TRABAJO, quien la reintegró en

virtud de la sentencia T-293 de 2017 pero sin ubicarla en el puesto que correspondía según el escalafón vigente; en consecuencia, condenar a la reubicación en el cargo que venía desempeñando y en iguales condiciones, pago de salarios, prestaciones sociales, aportes e indemnizaciones adeudados entre el 26 de marzo de 2016 al 18 de octubre de 2017 aplicando las convenciones colectivas y laudos arbitrales celebrados con la ACDAC, sanción de la Ley 361 de 1997, indemnización por despido, indemnización moratoria, indexación, intereses moratorios, sanción por no pago oportuno de aportes, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que laboró con la **DEMANDADA** como copiloto de equipos *dash8-100/200/300*, *Boeing 737*, *Boeing 767* y empezó el proceso de ascenso a comandante de *Airbus 320*, lo cual hizo con profesionalismo, entrega y buena actitud. Afirmó que el 21 de marzo de 2016 solicitó ingresar a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES – ACDAC, afiliación que se aprobó el 22 de marzo de 2016 y que informó ACDAC a la pasiva el 23 de marzo de 2016, momento desde el cual sufrió acoso laboral, siendo despedida injustamente el 26 de marzo de 2016, a pesar de estar incapacitada del 21 de marzo de 2016 al 30 de marzo de 2016 y de notificar su situación conforme las políticas de la empresa. Señaló que su ascenso como comandante causó molestia en sus compañeros pilotos, pese lo cual asistió a los cursos en tierra desde el 1º de diciembre de 2015 y simulador de vuelo, con resultados satisfactorios ante el capitán CARLOS NAVARRETE delegado de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL, luego, finalizando el proceso de instrucción fase 3 y pese ya ser piloto de A-320 con pasajeros a bordo, el instructor de vuelo chequeador de rutas capitán ÁLVARO VÉLEZ indicó que en su reporte recomendaría continuar un poco más con la fase 3 para afianzar conocimientos y que para ello debía firmar un fuera de estándar en oficina, no obstante dicha restricción, la empresa le programó asignaciones de vuelo como comandante de A-320 y durante el último vuelo, el capitán ANDRÉS CORSO la evaluó en todos sus sectores como si ya fuera piloto de línea a pesar de que seguía en

fase 3, hecho contradictorio con la manifestación telefónica del capitán DIEGO OSPINA de que sería enviada a instrucción y solo al final de ésta iba a ser evaluada la fase 3.

El domingo 20 de marzo de 2016 recibió citación escrita a descargos para el 22 de marzo de 2016 por hechos relativos a su entrenamiento, sin embargo, fue incapacitada del 22 al 25 de marzo de 2016 por COLMEDICA por *gastroenteritis viral*, incapacidad que ajustó la médico dejándola del 21 al 24 de marzo de 2016 porque la atención médica se efectuó el 21 en la noche, en todo caso, la incapacidad se extendió hasta el 30 de marzo de 2016 y fue comunicada a la **DEMANDADA** mediante correo electrónico del 23 de marzo de 2016 a las 12:18pm. Pese su incapacidad, la empresa le programó asignaciones de vuelo como comandante de A-320 los días 26, 27 y 28 de marzo de 2016, tras lo cual, el 23 de marzo de 2016 se le notificó la carta de despido efectiva desde el 26 de marzo de 2016, en pleno conflicto colectivo y el mismo día en que ACDAC notificó la afiliación de la **DEMANDANTE** al sindicato. Aseguró que interpuso acción de tutela y la H. Corte Constitucional, con sentencia T-293 de 2017, ordenó su reintegro, tras lo cual el 20 de octubre de 2017 la doctora CAROLINA MORENO COY señaló que el día anterior se hizo tal reintegro y que pagarían las acreencias laborales causadas, lo cual nunca pago.

Con memorial del 27 de abril de 2018, la **DEMANDANTE** indicó que el 03 de abril de 2018 renunció por justa causa imputable al empleador (Pág. 385 a 392 archivo “1 *EXPEDIENTE*”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 422 a 457 archivo “1 *EXPEDIENTE*”).**

AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A. – LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al reintegro de la **DEMANDANTE**. Afirmó que contrató a la **DEMANDANTE** el 02 de noviembre de 2007 y su último cargo fue copiloto B767, que en varias ocasiones estuvo fuera de estándar y

requirió reentrenamientos, que se le informó la afiliación a ACDAC el 28 de marzo de 2016 y no el 23 de marzo de 2016, porque impresión del presunto correo electrónico enviado a paola.villota@lan.com no permite verificar la recepción del correo ni el contenido de los archivos adjuntos y PAOLA VILLOTA estaba en vacaciones y la información enviada directamente a ella no fue recibida por la compañía en dicho lapso, además, el despido se notificó ese día a las 10am, es decir, antes del presunto correo que alega la **DEMANDANTE**. De otra parte, indicó que no hay fuero de estabilidad laboral reforzada ya que la trabajadora nunca estuvo incapacitada con anterioridad a la citación a descargos, no acreditó que comunicó dicha incapacidad, la cual se expidió por afectaciones temporales no graves como lumbago y gastroenteritis viral y, en todo caso, la decisión del Comité se tomó el 15 de marzo de 2016 y la citación se hizo el 18 de marzo de 2016, fechas anteriores al inicio de la incapacidad.

Señaló que despidió a la **DEMANDANTE** porque incurrió en justa causa para ello. Relató que la **DEMANDANTE** en diciembre de 2015 se postuló como capitán *Airbus 320* y en su entrenamiento en simulador comunicó al capitán DIEGO OSPINA que estaba inconforme con el instructor de vuelo asignado porque aquel podía afectar su rendimiento, por ello fue cambiado el 30 de diciembre de 2015, tras lo cual el 24 de febrero de 2016 inició su instrucción en vuelo en 3 fases según el Manual de Entrenamiento de la Compañía, voló la primera fase con el capitán LUÍS MUÑOZ, quien conceptuó que podía iniciar la fase 3 porque la aspirante tenía un estándar de seguridad aceptable. El 29 de febrero de 2016 voló con el capitán ÁLVARO VÉLEZ, quien señaló un progreso normal y observaciones de mejora.

No obstante, el 08 de marzo de 2016 la **DEMANDANTE** voló con ANDRÉS SIERRA, quien le indicó que debía mejorar su conocimiento de los Manuales de la compañía por no tener claros los procedimientos normales, debiendo mejorar la planificación de alternos y la toma de decisiones en su rol de capitán, siendo su calificación insatisfactoria pese volar más de 50 de las 75 horas de vuelo del programa. Así las

cosas, se aplicó el numeral 14.3.2.3 del Procedimiento Piloto Alumno Fuera de Estándar y se permitió seguir la instrucción de línea al ser la primera calificación insatisfactoria en el proceso de instrucción.

La **DEMANDANTE** continuó el proceso con el piloto instructor ÁLVARO VÉLEZ y, pese tener 70:25 horas de vuelo, éste la calificó insatisfactoriamente el 11 de marzo de 2016 y no pasó a la fase 4 del proceso. El instructor indicó que la **DEMANDANTE** debía mejorar sus flujos de *PF* y *PM*, repasar todo lo relacionado con la automatización y tener mayor claridad al manejar el *FCU*, observaciones graves porque el piloto automático lo limita el *FCU* y toda duda al respecto afecta la seguridad de vuelo.

La aspirante inició un tercer proceso fuera de estándar y el numeral 14.3.2.3 del Procedimiento Piloto Alumno Fuera de Estándar ordena reentrenamiento en avión con mínimo 2 trayectos y máximo 5, usando el formato *line check* y pese a que se usó el formato *other*, en el chequeo se indicó que era un fuera de estándar.

Por ello, el 14 de marzo de 2016 se programó reinstrucción y chequeo en 4 trayectos con el capitán chequeador ANDRÉS CORSO, quien determinó graves falencias. La aspirante tuvo graves falencias al interpretar los códigos *METAR/TAF* y la codificación *ASHTAM*, errores en el encendido de motores, dudas y errores repetitivos en el flujo normal del *cockpit preparation* y *before pushback procedures*, ordenó remolcar sin completar el *below the line*, retiró la mano del *engine master switch* en el arranque manual, fue brusca con los frenos del avión, descuidó los *thrust levers* en el procedimiento de despegue, no mantuvo la mano en aquellos cuando el despegue lo realizó el *CM2* ni la retiró posterior al *V1* y despegó con *landing lights* en off, no verificó que el rendimiento del avión no iba a cumplir el *constraint* de altitud en la salida, debía repasar el contenido correcto del *cruise briefing*, estar atenta a las condiciones meteorológicas y *NOTAM* de los alternos en ruta y aclarar sus conceptos de cuando usar diferentes perfiles y estrategias de *drift down* y sus velocidades, mejorar el tiempo

de preparación del descenso porque en un vuelo largo (Bogotá – Leticia) no tuvo control del avión en el *TOD* y en un vuelo más corto (Medellín – Bogotá) terminó el *briefing* a 7 millar del *VOR* y 13.000ft y ello generó pérdida de conciencia situacional en el descenso, intentó aterrizar el Leticia con *flaps full* pese conocer que debía usar *flaps 3* con tal de sentirse segura en pista angosta, además, en el vuelo Medellín – Bogotá administró mal el tiempo y por ello inició aproximación sin hacer ítems de 10.000ft y *approach checklist*, ni efectuó ni contestó *call outs* estándar de acuerdo al FCOM ni verificó altitud versus distancia en aproximaciones de no precisión, ejecutó procedimiento de *one engine taxi* durante virajes en tierra y faltó conciencia situacional para monitorear al primer oficial y verificar visualmente que el *engine master switch* sea correcto al momento del apagado del motor, debía tener presente la política para uso de *reverse full* y no demorar tanto la desconexión del *autobrake* considerando la distancia de pista remanente y posición frente la calle de rodaje, al punto que se necesitó la intervención física del instructor en los *thrust levers*, evidenció baja conciencia situacional y vacíos en algunos conceptos teóricos básicos, regulaciones y manuales de la compañía, falencia que impide ejecutar con seguridad y autoridad las funciones de capitán, debiendo mejorar la administración del tiempo, no permitir interrupciones en el *briefing* de salida y aproximación por el personal, ni propiciar ella misma las interrupciones en *briefings* y listas de chequeo.

En conclusión, luego de 76:42 horas de vuelo, la **DEMANDANTE** no alcanzó el estándar requerido por la compañía y, ante un cuarto proceso fuera de estándar, la compañía evidenció que no superó la Proeficiencia de experiencia Inicial de Operación – EIO para capitán A-320, por tanto, la **DEMANDADA** citó al Comité Fuera de Estándar, quien decidió desvincular a la aspirante conforme el numeral 5.8 del PPO13 y se citó a la **DEMANDANTE** para explicar la situación y notificar la terminación del contrato de trabajo con justa causa y si bien aparecieron vuelos programados, la razón es que dicha programación tiene un mes de anticipación.

Finalizó señalando que por fallo de tutela realizó el reintegró de la **DEMANDANTE**, a quien le otorgó vacaciones del 1° de febrero de 2018 al 1° de abril de 2018 porque se acumularon dos periodos de 30 días, luego, la trabajadora renunció el 03 de abril de 2018, sin que los hechos alegados para tomar dicha decisión sean ciertos porque no es lógico que luego de estar fuera de estándar se asignara inmediatamente a vuelo sin pasar primero por reentrenamiento, además, en diciembre de 2017 pagó los derechos que causó el reintegró. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y compensación.

- **DEMANDA RECONVENCIÓN (Pág. 785 a 789 archivo “1 EXPEDIENTE”).**

AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A. – LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A. solicitó condenar a **ANA MARGARITA MC BROWN** al pago de los viáticos de marzo de 2016 a octubre de 2017, indexación, intereses de mora y costas.

Como fundamento fáctico indicó que existió un contrato entre las partes que culminó el 23 de marzo de 2016, pese lo cual se ordenó el reintegró de la **DEMANDADA** y éste se hizo efectivo el 18 de octubre de 2017, motivo por el cual en la nómina de diciembre de 2017 pagó las acreencias laborales causadas entre la fecha de retiro y reintegro y por error involuntario incluyó los viáticos de marzo de 2016 a octubre de 2017, sin que la trabajadora tuviera derecho a estos porque en dicho periodo no realizó actividad laboral alguna y no causó gastos por concepto de viajes.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA RECONVENCIÓN (Pág. 816 a 847 archivo “1 EXPEDIENTE”).**

ANA MARGARITA MC BROWN se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relativo a la fecha de reintegro. Indicó que la empresa efectuó una liquidación caprichosa de los valores que consideró debía pagar, pasando por alto que la orden de la sentencia T-293 de 2017

no era otra que efectuar el reintegro en un puesto igual al que venía desempeñando, siendo una retaliación el cobro de los viáticos, los cuales en su momento fueron reconocidos por la empresa de forma unilateral, sin explicar cómo fueron liquidados y atendiendo el promedio en que fueron recibidos antes del despido, por ende, no puede posteriormente desconocer las consecuencias económicas el reintegro que es el pago de todas las acreencias laborales, siendo en todo caso deficitario el pago que realizó la empresa, el cual tampoco incluyó la indexación de las cifras reconocidas. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación a cargo de la capitán, falta de cuidado y rigurosidad en la lectura de la sentencia T-293 de 2017, dilación injustificada y maliciosa del proceso, falta de legitimación en la causa, nulidad absoluta de la acción por engaño derivado del libre albedrío de los funcionarios que reconocieron el derecho para evitar la acción judicial para que el Juez actúe contra providencia ejecutoriada del superior, simulación, buena fe de la demandada en reconvención, mala fe del demandante en reconvención, abuso del poder subordinante y las de oficio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:10:27 archivo “2 AUDIENCIA”).

El 15 de septiembre de 2020, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad AEROLÍNEAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A. o mejor LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoada por la señora ANA MARGARITA MC BROWN identificada con cedula de ciudadanía 66.863.716, conforme a lo considerado en la parte motiva que nos ocupó. SEGUNDO: ABSOLVER a la señora ANA MARGARITA MC BROWN identificada con la cedula ya referida, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda de reconvención incoada por la demandada LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A., también conforme lo considerado en la parte motiva. TERCERO: Sin Costas en esta instancia. CUARTO: Consultar la presente sentencia con la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en caso de que no sea apelada. (...)”.

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si entre las partes hubo un contrato de trabajo y se desconoció el fuero de estabilidad laboral reforzada de la Ley 361 de 1997 y si procede el reintegro y demás pretensiones elevadas. Frente la demanda de reconvención, determinar si procede condenar a la devolución del pago por viáticos debidamente indexado.

Para resolver indicó que se acreditó el contrato de trabajo entre las partes. Afirmó que la H. Corte Constitucional en la sentencia T-293 de 2017 ya tomó la decisión definitiva de declarar ineficaz el despido de la **DEMANDANTE** del 26 de marzo de 2016, aspecto que no puede ser modificado por la justicia ordinaria, en todo caso, señaló que el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud se causa por la PCL del 15% o más para la H. CSJ o por la imposibilidad o dificultad sustancial para realizar la labor por motivos de salud conforme la H. Corte Constitucional, requisitos que no cumple la **DEMANDANTE**, tal y como ya había indicado la sentencia T-293 de 2017, sin que la incapacidad genere dicha protección, más aún cuando la **DEMANDADA** acreditó una justa causa para terminar el contrato. En cuanto el fuero circunstancial, señaló que no se acreditó que al momento del despido hubiera un conflicto colectivo con ACDAC, en todo caso, este fuero protege del despido sin justa causa y no de la terminación del contrato con justa causa como ocurrió. Negó las pretensiones de la demanda de reconvención, por cuanto fue la aerolínea quien cometió el error y no puede luego alegar su propia culpa a su favor a modo de retaliación por ser demandada por su trabajadora, quien de buena fe esperó y recibió los dineros que la propia empresa determinó y pagó con ocasión del reintegro, sin prueba alguna de que la trabajadora hubiera efectuado maniobras engañosas para causar el pago de los viáticos.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Alegó que el contrato terminó el 26 de marzo de 2016 y no el 23 de marzo de 2016 y la empresa reconoció tardíamente los

pagos laborales por esos días hasta el reintegro, lo cual genera la indemnización moratoria. Afirmó que no se consideró la afiliación de la trabajadora a ACDAC notificada el 22 de marzo de 2016. Señaló que no hay prueba de las operaciones para determinar los pagos derivados del reintegro, pese la insistencia de la trabajadora, por lo cual hubo un pago parcial y no completo y ello causó la indemnización moratoria. Indicó que no se puede declarar que hubo justa causa para terminar el contrato de trabajo porque la H. Corte Constitucional indicó que el despido violó el debido proceso y lo declaró sin valor ni efecto, de otra parte, señaló que el Juez no valoró la renuncia provocada del 03 de abril de 2018, por el incumplimiento de las ordenes de reintegro, a su vez, solicitó no considerar los hechos fuera de estándar de la **DEMANDANTE** por ser hechos anteriores al despido de 2016 que no son objeto de litigio. Aseguró que se notificó oportunamente la afiliación de la trabajadora a ACDAC, a pesar de lo cual no se analizó la violación del fuero circunstancial ni se valoró que la empresa si conocía la afiliación sindical. De otra parte, señaló que el Juez aplicó el principio de favorabilidad contra la trabajadora, porque declaró una justa causa de despido inexistente y pasó por alto la situación lumbar de la trabajadora, quien estando incapacitada no pudo defenderse afectando su debido proceso. Reclamó la indexación de los pagos efectuados a la **DEMANDANTE** y el reconocimiento de los derechos reconocidos convencionalmente a los afiliados de ACDAC. En cuanto la demanda de reconvención, solicitó considerar la confesión de la representante legal de la **DEMANDADA** de que le reconoció los viáticos a pesar de que la trabajadora no ejerció su función por orden del empleador, sin que haya mala fe de la **DEMANDANTE** por recibir dicho pago (01:12:03 archivo “2 AUDIENCIA”).

La **DEMANDADA** solicitó acceder a las pretensiones de la demanda de reconvención. Señaló que la empresa pagó el reintegro de la trabajadora y reconoció viáticos a pesar de que la trabajadora no tuvo asignaciones de vuelo ni asumió gastos por realizar actividades fuera de su domicilio principal y si bien dicho pago lo recibió la trabajadora de buena fe, ello no implica que tenga derecho a conservar

ese dinero, circunstancia que se descubrió por la **DEMANDADA** cuando verificó los pagos efectuados a la trabajadora con ocasión de la demanda interpuesta contra la empresa, proceso en el cual encontró el error en el pago de los viáticos. De otra parte, solicitó condenar en costas por la temeridad de la demanda principal, porque a pesar del pago completo de todos los derechos laborales y falta de prueba de algún saldo pendiente de pago, se presentó la demanda reclamado acreencias para las cuales no hay derecho (01:27:25 archivo “2 AUDIENCIA”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó acceder a las pretensiones de la demanda principal, porque el fallo desconoció la sentencia T-293 de 2017 al pasar por alto el derecho al pago de salarios, prestaciones sociales legales y convencionales causados desde el despido y su reintegro, debidamente indexados, sin considerar que la liquidación que efectuó la empresa fue caprichosa y nunca fue sustentada, a la vez que se adeudan las acreencias laborales del 23 al 26 de marzo de 2016, analizar que la empresa conoció la afiliación sindical de la trabajadora, considerar que el reintegró se materializó el 18 de octubre de 2017 y el pago de lo debido hasta el 20 de diciembre de ese año, por lo cual se debe reliquidar lo pagado, se debe indexar lo debido, indemnización por renuncia imputable al empleador del 27 de abril de 2018, indemnización moratoria del artículo 65 CST, verificar los montos de lo pagado conforme los numerales 22 y 34 del laudo arbitral vigente, que la empresa aceptó voluntariamente pagar viáticos, las pruebas de que la empresa no hizo ninguna gestión para que la demandante reactivara su licencia como piloto y que proceden las costas contra el empleador.

Por su parte, el apoderado de la **DEMANDADA** solicitó acceder a las pretensiones de la demanda de reconvención. Reiteró que se debe confirmar la absolución de las pretensiones de la demanda principal porque no hay fuero por discapacidad ni fuero circunstancial, hubo

justa causa para terminar el contrato de trabajo, se cumplió la orden de reintegro de forma completa, la empresa pago las acreencias laborales causadas entre el despido y el reintegro y cometió el error involuntario de reconocer viáticos a pesar de que la trabajadora no realizó ninguna actividad laboral, sin que la buena fe de la trabajadora al recibirlos implique que tenga derecho a conservar los mismos porque ello genera un enriquecimiento sin justa causa. La apoderada de la **DEMANDANTE** se opuso a los alegatos presentados por la empresa.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho a la **DEMANDANTE** a declarar que la empresa vulneró su fuero de estabilidad laboral reforzada por salud o fuero circunstancial, reliquidar las sumas pagadas con ocasión del reintegro, acceder a las indemnizaciones por despido y moratoria y ordenar el pago de los derechos convencionales, indexados; así mismo, determinar la procedencia de acceder a la devolución de los viáticos pagados con ocasión del reintegro, indexados; finalmente, establecer la viabilidad de condenar en costas a favor de alguna de las partes el litigio. Lo anterior conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto, el *a quo* absolvió de las pretensiones de la demanda inicial y de la demanda de reconvención y se abstuvo de condenar en costas.

La apoderada de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación y solicitó acceder a las pretensiones de la demanda principal. Indicó que la empresa pagó tardíamente las acreencias laborales causadas del 23 al 26 de marzo de 2016, ni consideró la afiliación de la trabajadora a ACDAC del 22 de marzo de 2016, ni acreditó las fórmulas con las que determinó los montos parciales que pagó con ocasión del reintegro, que no hubo justa causa porque la H. Corte Constitucional la declaró sin valor ni efecto, que no se valoró la renuncia imputable al empleador del 03 de abril de 2018, a la vez que no se pueden valorar los estándares fuera de línea por ser hechos anteriores a los que son objeto del litigio, no se analizó la vulneración del fuero circunstancial, se aplicó el principio de favorabilidad contra el trabajador, quien no se pudo defender por estar incapacitada y que la **DEMANDADA** confesó que voluntariamente reconoció los viáticos a la trabajadora.

La apoderada de la **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación y solicitó acceder a las pretensiones de la demanda de reconvención. Aseguró que por error reconoció viáticos a la trabajadora con ocasión del reintegro, a pesar de que aquella no realizó ninguna actividad laboral y si bien dicho monto lo recibió la **DEMANDANTE** de buena fe, ello no implica el derecho a conservar el mismo, de otra parte, aseguró que proceden las costas por la temeridad de la demanda principal.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero indicar que las pruebas allegadas al expediente acreditan que entre AIRES S.A. hoy **AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A. – LATAM** y **ANA MARGARITA MC BROWN** se suscribió el 02 de noviembre de 2007 un contrato de trabajo a término indefinido (Pág. 458 a 462 archivo “1 *EXPEDIENTE*”).

De otra parte, también está plenamente acreditado que el 23 de marzo de 2016 la **DEMANDADA** comunicó a la **DEMANDANTE** la terminación de su contrato de trabajo con justa causa, a partir del 26

de marzo de 2016 (Pág. 592 a 598 archivo “1 EXPEDIENTE”). Así las cosas, si bien en la contestación de la demanda y en la demanda de reconvención, los apoderados de **AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A. – LATAM** alegaron que el contrato de trabajo de la **DEMANDANTE** finalizó el 23 de marzo de 2016, tal afirmación es errónea, porque corresponde a la fecha de la comunicación de despido, el cual se materializó tres días después, el 26 de marzo de 2016, tal y como lo indica la propia carta de renuncia como las certificaciones expedidas por la empresa con ocasión de dicha terminación (Pág. 604 a 606 archivo “1 EXPEDIENTE”).

Ahora bien, llama la atención de la Sala que la apoderada de la **DEMANDANTE** alegue, de forma casi que caprichosa, que el despido con justa causa que finalizó el contrato de trabajo el 26 de marzo de 2016 vulneró el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud o el fuero circunstancial de la trabajadora, toda vez que **dicho despido quedo sin valor ni efecto en virtud de la sentencia T-293 de 2017,** por tanto, como no generó ninguna consecuencia ni terminó el contrato de trabajo, no puede afectar los fueros antes señalados.

En efecto, carece de toda utilidad o razón analizar si el despido efectuado en marzo de 2016 afectó las precitadas garantías forales, por la sencilla pero contundente razón de que la H. Corte Constitucional, en la sentencia antes mencionada, declaró que dicho acto no generó ningún efecto, cómo si nunca hubiera existido, motivo por el cual la relación laboral de la **DEMANDANTE** nunca finalizó y se generó el derecho a la trabajadora de recibir todas las acreencias laborales causadas entre la terminación del vínculo y su reintegro.

En consecuencia, poco importa la controversia de si al momento en que se comunicó el despido ineficaz (23 de marzo de 2016), la **DEMANDADA** conocía de la afiliación de la trabajadora a ACDAC o si para la fecha en que se materializó la terminación (26 de marzo de 2016) la **DEMANDANTE** estaba incapacitada, por cuanto el despido sin justa causa efectuado para dicha data no tiene efectos, es como si

no existiera y por tanto no puede vulnerar derechos de la trabajadora, por cuanto la H. Corte Constitucional, en la sentencia T-293 de 2017, declaró que tal acto no generó efectos, decisión que fue definitiva y que no puede por tanto ser objeto de revisión posterior por otra autoridad judicial, advirtiéndose en todo caso que la decisión de la Alta Corte no se motivó en una vulneración de los fueros alegados sino en una cuestión de género que implicaba que la decisión del despido estuviera precedida de un trámite riguroso en que la trabajadora pudiera ejercer su derecho de defensa y contradicción.

Así las cosas, esta Sala se abstendrá de analizar los reproches del recurso de apelación de la **DEMANDANTE** relativos al fuero de estabilidad laboral reforzada por salud o fuero circunstancial, mismos que no pudieron, en caso de existir, ser vulnerados por un despido que para efectos prácticos no tiene ningún efecto por orden de la H. Corte Constitucional.

Procede esta Corporación a analizar la controversia relativa a la presunta ausencia de pago de las acreencias laborales legales y convencionales de la **DEMANDANTE**, por cuanto su apoderada asegura que la **DEMANDADA** no pagó las causadas entre el 23 y 26 de marzo de 2016 y pagó de forma incompleta las generadas con ocasión del reintegro.

Sea lo primero señalar que no hay ninguna duda de que el 22 de marzo de 2016 la **DEMANDANTE** presentó solicitud de reingreso a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES -ACDAC, petición aprobada mediante reunión extraordinaria realizada ese mismo día, tras lo cual el sindicato emitió comunicación escrita fechada el 23 de marzo de 2016 comunicando a la **DEMANDADA** de dicha afiliación, la cual tiene sello de recibido de la empresa del 28 de marzo de 2016 y, si bien se allegó copia impresa de correo electrónico enviado desde el email acdac@acdac.org con destino al email paola.villota@lan.com, enviado el 23 de marzo de 2016 a las 15:30 horas y cuyo asunto es notificar del reingreso de la **DEMANDANTE** a

ACDAC, la Sala no dará efectos a dicha comunicación, porque en primer lugar no hay prueba del acuerdo entre el sindicato y la empresa por el cual se determinó que email destinatario era el canal oficial de comunicación entre ambas organizaciones y, segundo, porque la apoderada de la trabajadora se limitó a aportar una impresión digital del correo electrónico y no el mensaje original como mensaje de datos, **lo cual impide verificar el contenido del archivo adjunto para confirmar que se trata de la comunicación de reingreso de la DEMANDANTE** (Pág. 108 a 111 archivo “1 EXPEDIENTE”).

En consecuencia, como quiera que el reingreso de la trabajadora al sindicato se notificó el 28 de marzo de 2016 y ante la imposibilidad de considerar que tal aviso lo fue antes mediante correo electrónico, no existe mérito alguno para exigir que la **DEMANDADA** a partir del 23 de marzo de 2016 reconociera a la trabajadora los derechos laborales convencionales acordados en las convenciones colectivas y laudos arbitrales celebrados con ACDAC.

De otra parte, advierte la Sala que la propia abogada de la **DEMANDANTE** allegó con la demanda el desprendible de nómina de marzo de 2016, el cual acredita que por dicho mes la empresa le canceló a la trabajadora sus acreencias laborales sobre un total de treinta (30) días laborados, lo cual descarta la presunta omisión de la **DEMANDADA** de no pagar los derechos laborales generados del 23 al 26 de marzo de 2016, más aún cuando en la liquidación final del contrato también se consideró como fecha final del vínculo el 26 de marzo de 2016 (Pág. 127 y 603 archivo “1 EXPEDIENTE”).

Respecto la inconformidad de la apoderada de la **DEMANDANTE** frente un presunto pago parcial de las acreencias generadas con el reintegro, advierte la Sala que la sentencia T-293 de 2017 declaró ineficaz el despido y señaló que los derechos laborales causados del 27 de marzo de 2016 hasta el reintegro debían ser objeto de decisión judicial por la jurisdicción ordinaria laboral, no obstante, la **DEMANDADA** decidió pagar dichos conceptos sin esperar al inicio de

un proceso laboral, tal y como indicó la representante legal de la empresa en su interrogatorio (01:04:40 archivo “03Audiencia20Junio2019”).

Revisado el expediente, se acredita que el 18 de octubre de 2017 se efectuó el reintegro de la **DEMANDANTE**, tal y como se acredita con la comunicación enviada a la trabajadora ese mismo día, el desprendible de nómina de octubre de 2017 liquidado sobre 13 días y el cálculo del retroactivo de los valores causados durante el periodo de interrupción del contrato, efectuado entre el 27 de marzo de 2016 al 17 de octubre de 2017 (Pág. 695 a 697, 729 a 733 archivo “1 EXPEDIENTE”).

Llama la atención de esta Corporación que al comparar el desprendible de la nómina de marzo de 2016, diciembre de 2017 y la liquidación del retroactivo por los meses en que la trabajadora estuvo desvinculada (marzo de 2016 a octubre de 2017), se acredita que la **DEMANDADA** pagó a la **DEMANDANTE** su sueldo básico, horas garantizadas convencionales, auxilio de alimentación convencional, prima de antigüedad convencional, prima de navidad convencional, prima especial convencional, prima legal de servicios, viáticos convencionales e intereses a la cesantía legales, posteriormente, la **DEMANDADA** pagó la prima convencional de vacaciones en febrero y marzo de 2017 (Pág. 127, 731 a 732, 736, 738 a 739 archivo “1 EXPEDIENTE”).

En su recurso de apelación, la apoderada de la **DEMANDANTE** alegó que la empresa no efectuó el incremento legal del salario, no obstante, los desprendibles de nómina y liquidación del retroactivo causado por el reintegro acreditan que en 2016 el salario básico fue \$695.000 y las horas garantizadas de \$6.734.000 y para 2017 el salario básico fue \$756.000 y las horas garantizadas de \$7.394.000, incremento superior al IPC de diciembre de 2016 más 2 puntos porcentuales, tal y como lo exige la cláusula de actualización y mejoramiento de salarios establecida en la pagina 7 del laudo arbitral

del 10 de noviembre de 2015 (Pág. 102 archivo “1 EXPEDIENTE”), por tanto, no hay mérito para concluir que la **DEMANDADA** no efectuó los incrementos convencionales.

Tampoco hay mérito para declarar que la **DEMANDADA** realizó el pago incompleto de las acreencias laborales legales y convencionales a la trabajadora, por cuanto revisada la liquidación del periodo en que la **DEMANDANTE** estuvo desvinculada, los valores obtenidos fueron determinados considerando 30 días laborados por cada mes, salvo marzo de 2016 y octubre de 2017, que al ser los extremos temporales de la liquidación fueron liquidados atendiendo el número de días de desvinculación según los pagos de nómina que recibió la trabajadora para dichos periodos, es decir, como el contrato se liquidó hasta el 26 de marzo de 2016 solo se consideraron 4 días para dicho mes y como el reintegro se efectuó el 18 de octubre de 2017 solo se consideraron 17 días en la liquidación del retroactivo.

Así las cosas, si bien la **DEMANDADA** no acreditó que informó a la trabajadora la forma como cálculo el valor del retroactivo, por cuanto a pesar de que la testigo YURY ANDREA DÍAZ, jefe de administración de personal y remuneraciones de la empresa, indicó en su testimonio que su área envió un correo electrónico a la trabajadora con el archivo Excel que explicaba las operaciones aritméticas de su liquidación, dicha afirmación no tiene ningún soporte probatorio, lo cierto es que se allegó al expediente el cuadro que explica las cifras pagadas por cada concepto laboral, mes a mes, a la **DEMANDANTE**, montos que concuerdan con el monto de los pagos y deducciones indicadas en los desprendibles de nómina de octubre de 2017 a marzo de 2018 (Pág. 731 a 739 archivo “1 EXPEDIENTE”).

Los anteriores medios de prueba acreditan que la **DEMANDADA** efectuó el pago completo de los siguientes derechos convencionales: **i)** actualización y mejoramiento de salarios; **ii)** prima especial; **iii)** prima de vacaciones y **iv)** prima de navidad, conforme los laudos arbitrales del 02 de diciembre de 2011 y 10 de noviembre de 2015 (Pág. 80, 81

102, 103 y 1005 archivo “1 EXPEDIENTE”). Del mismo modo, la empresa pago los siguientes derechos convencionales, a pesar de que en el expediente no se observa prueba del acto convencional que consagró los mismos: **i)** auxilio de alimentación; **ii)** prima de antigüedad y **iii)** horas garantizadas convencionales.

Así las cosas, no hay mérito para acceder a la suplicas del recurso de apelación de la **DEMANDANTE** tendientes a reclamar la reliquidación de acreencias laborales legales y convencionales y la indemnización moratoria, por `cuanto la **DEMANDADA** pagó, de forma completa, todos los derechos de la trabajadora derivados del reintegro.

En cuanto la suplica de la apoderado de la **DEMANDANTE** de acceder a la indemnización por despido, advierte la Sala que no hay controversia entre las partes de la trabajadora presentó escrito de renuncia motivada el 31 de marzo de 2018, efectiva a partir del 03 de abril de 2018, renuncia que aceptó la **DEMANDADA** sin compartir las razones expresadas por la trabajadora para tomar dicha decisión (Pág. 386 a 392 archivo “1 EXPEDIENTE”). Tal hecho sobreviniente posterior a la radicación de la demanda fue aceptado por ambas partes en sus interrogatorios, así como por los testigos MARÍA CAROLINA MORENO, YURY ANDREA DÍAZ y DIEGO HERNÁN OSPINA MORA.

Revisado el escrito de renuncia, en síntesis, la **DEMANDANTE** alegó como motivo de renuncia el incumplimiento de la **DEMANDADA** de las gestiones necesarias para lograr el reintegro efectivo de la trabajadora al cargo desempeñado con anterioridad al despido ineficaz, esto es, copiloto *Boeing 767*, así como el pago incompleto de sus acreencias laborales.

Respecto la inconformidad frente al pago, la Sala reitera que las pruebas allegadas al proceso acreditan que la **DEMANDADA** pagó, de forma completa, todos los derechos laborales, legales y convencionales, causados con ocasión del reintegro y con posterioridad hasta la

renuncia de abril de 2018, por lo cual no se configuró dicha causal alegada en la carta de renuncia.

En cuanto la presunta ausencia de gestiones de la empresa para hacer efectivo el reintegro, advierte la Sala que la **DEMANDADA** acreditó haber efectuado las gestiones necesarias para que la demandante iniciara su rol laboral como copiloto y por ello no ocurrió la causal alegada para renunciar, tal y como pasa a exponerse.

El testigo DIEGO HERNÁN OSPINA MORA, gerente de tripulación de mando de la flota de aeroplanos de la **DEMANDADA**, indicó en su testimonio que la flota de aviones Boeing 767 fue cambiada por la empresa en 2015, por lo cual ya no manejan dicho tipo de aeronave y ello generó la desaparición del cargo de la **DEMANDANTE**, hecho por el cual la trabajadora inició el proceso de capacitación para asumir como tripulación de mando del nuevo modelo de avión adquirido por la empresa, a saber, el *Airbus 320*, sin embargo, a pesar de que la empresa otorgó 3 oportunidades para que la trabajadora cumpliera satisfactoriamente con el procedimiento de capacitación, aquella no logró alcanzar satisfactoriamente los objetivos de aprendizaje necesarios para garantizar la seguridad del vuelo y pasajeros bajo el mando de la **DEMANDANTE** como capitán de tripulación, motivo por el cual ante la falencias de la trabajadora para asumir el rol de capitán a pesar de 3 reentrenamientos, se citó al Comité Fuera de Estándar, órgano colegiado de 4 miembros que tras un análisis de la capacidad técnica de la **DEMANDANTE** evidenciada en sus tres reentrenamientos (procedimientos fuera de estándar) y las evidencias dadas por los 3 diferentes instructores que participaron en el proceso de capacitación de la trabajadora, tomaron la decisión de desvincular a la piloto de la empresa (03:05:00 archivo “03Audiencia20Junio2019”, Pág. 483 a 490 archivo “1 EXPEDIENTE”).

Conforme el dicho del señor DIEGO HERNÁN OSPINA MORA, la decisión del Comité Fuera de Estándar se materializó en el despido del 23 de marzo de 2016, el cual se declaró ineficaz en la sentencia T-293

de 2017, por tanto, el reintegro de la **DEMANDANTE** a las labores de vuelo implicó para la empresa el deber de entrenar a la trabajadora a fin de recuperar la proeficiencia de la trabajadora como piloto y reactivar su autorización como tripulante de mando de aeronave, proceso dividido en varias fases, siendo las primeras de ellas el entrenamiento en tierra y en simuladores de vuelo, últimos que son de difícil acceso y en los cuales las aerolíneas solicitan turno por varios meses de espera, sin embargo, antes de iniciar era necesario que la **DEMANDANTE** como tripulante, no tuviera más de 2 periodos de vacaciones acumuladas antes de iniciar el entrenamiento conforme las disposiciones de la AERONÁUTICA CIVIL DE COLOMBIA, motivo por el cual se tomó la decisión de conceder vacaciones a la trabajadora a partir del 1° de febrero de 2018 hasta los primeros días de abril de 2018, para iniciar el curso inmediatamente vencido dicho periodo, lo cual no se realizó ante la renuncia de la **DEMANDANTE**.

El dicho del testigo DIEGO HERNÁN OSPINA MORA coincide con lo señalado por la representante legal de la **DEMANDADA** en interrogatorio, quien manifestó que luego de las vacaciones otorgadas a la trabajadora, se daba inicio al reentrenamiento el 02 de abril de 2018, el cual no se efectuó ante la renuncia de la **DEMANDANTE**, lo cual ratificó MARÍA CAROLINA MORENO en su testimonio (01:06:09 y 02:45:49 archivo “03Audiencia20Junio2019”). El periodo de vacaciones previo el inicio de la capacitación para que la trabajadora fuera autorizada para volver a asumir como tripulación de mando también se acredita con los desprendibles de nómina de febrero y marzo de 2018 (Pág. 738 y 739 archivo “1 EXPEDIENTE”).

Del mismo modo, la **DEMANDADA** allegó copia del correo electrónico del 24 de noviembre de 2017, enviado por MARIA CAROLINA MORENO COY maria.morenoc@latam.com al correo DE LA **DEMANDANTE** ammcbrown@gmail.com, informando el 20 de enero de 2017 iniciaba el curso de tierra en Bogotá parte del entrenamiento, así como el copia de los correos electrónicos del 13 y 22 de enero de 2018, enviados por JORGE ALONSO GÓMEZ CARDONA, Gerente de

Instrucción de la empresa, indicando a la trabajadora que no hay slots de simulador disponibles y que para resolver el pasivo pensional se debían tomar vacaciones del 1° de febrero de 2018 al 1° de abril de 2018, lo cual ratifica el dicho de los testigos y la representante legal de la **DEMANDADA** (727 y 741 archivo “1 EXPEDIENTE”).

Los anteriores elementos de prueba permiten concluir, de forma razonable, que resulta desproporcionado exigir a la **DEMANDADA** que tras el reintegro de la **DEMANDANTE** el 18 de octubre de 2017 le permitiera inmediatamente desempeñarse como copiloto, por cuanto el avión Boeing 767 que tripuló la trabajadora ya no hacía parte de la flota de la compañía, además debía primero cumplir un entrenamiento para ser autorizada como tripulación de mando de *Airbus 320*, más aún cuando los 3 intentos efectuados en 2016 para lograr dicha promoción no fueron aprobados por la **DEMANDANTE**, quien además con ocasión del reintegro, acumuló 2 periodos de vacaciones que debía ser disfrutados previo al inicio del curso, lo cual conllevó que para abril de 2018 no se hubiera dado inicio al entrenamiento, sin que tal circunstancia obedeciera al capricho de la empresa, por tanto, se rechaza la suplica de la apoderada de la **DEMANDANTE** de acceder a la indemnización por despido.

Por las anteriores consideraciones, no hay mérito para acceder a las condenas reclamadas en el recurso de apelación de la **DEMANDANTE**, por tanto, la Sala confirmará el fallo absolutorio de todas las pretensiones de la demanda principal, salvo en lo que concierne a la indexación de los conceptos laborales pagados por la empresa en la nómina de diciembre de 2017, por cuanto entre la fecha de causación de los mismos, la cual corresponde a cada uno de los meses transcurridos desde marzo de 2016 hasta noviembre de 2017, transcurrió un lapso de tiempo donde ocurrió devaluación monetaria que debe ser corregida, más aún cuando no se accede a la suplica de imponer intereses moratorios.

Procede la Sala a resolver los puntos de inconformidad elevados en el recurso de apelación de la **DEMANDADA**, que no son otros que acceder a las pretensiones de la demanda de reconvención alegando que a pesar de la buena fe con que la trabajadora recibió el pago de los viáticos, no tiene derecho a conservar los mismos.

Al respecto, para la Sala no hay duda que los viáticos convencionales lo reconoce la **DEMANDADA** a sus cuando laboran como tripulación de vuelos o están en comisión de trabajo. En efecto, el Laudo arbitral del 02 de diciembre de 2011 consagra en su artículo 16 viáticos de alimentación a pilotos y copilotos por cada asignación y el artículo 18 consagra a los pilotos y copilotos viáticos que viajen al exterior en comisión de trabajo; por su parte, el laudo arbitral del 10 de noviembre de 2015, se limita en su artículo 16 a ratificar los viáticos de alimentación por cada asignación (Pág. 79 y 80, 105 archivo “1 EXPEDIENTE”).

En consecuencia, la **DEMANDANTE**, quien no estuvo viajando como tripulación de mando, no tenía derecho a los viáticos, no obstante, conforme la liquidación que realizó la propia **DEMANDADA** con ocasión del reintegro, le reconoció viáticos por 4 distintos conceptos, a saber: viáticos MT, viáticos internacional MT, viáticos MT con per y viáticos TM entrenamiento (Pág. 731 y 732 archivo “1 EXPEDIENTE”)⁷

A pesar de la anterior circunstancia, la apoderada de la **DEMANDADA** no puede pasar por alto que la Gerente de Relaciones Laborales y la Jefe de Administración de Personal y Remuneraciones de la empresa, en sus declaraciones bajo juramento, reconocen expresamente que el pago de los viáticos no fue un error sino una decisión consciente de la compañía.

En efecto, MARÍA CAROLINA MORENO señaló en su testimonio que de buena fe, para evitar un pleito y no perjudicar a la trabajadora, la empresa fue más allá de la Ley y le reconoció viáticos, ya que se

encontraban en medio de una negociación colectiva y la empresa efectuó tal pago para demostrar que no era su intención perjudicar (02:38:30 archivo “03Audiencia20Junio2019”). A su vez, YURY ANDREA DÍAZ informó que en la liquidación del reintegro, de buena fe, se tomó la decisión de pagar viáticos con el promedio de los últimos 6 meses de viáticos pagados antes del despido, a pesar de que tal concepto solo se reconoce si el trabajador ejerce como piloto de avión (09:58 y 15:03 archivo “04Audiencia04Septiembre2019”).

Los anteriores elementos de prueba permiten concluir, sin lugar a dudas, que a pesar de que la **DEMANDANTE** no tenía derecho a los viáticos al no ejercer como tripulación en vuelo de aeronaves, la **DEMANDADA** decidió, de forma consciente, voluntaria y como un acto de buena fe, cancelar dicho rubro, para lo cual liquidó un promedio de dicho concepto, actuación que evidencia la firme intención de determinar tal monto y pagarlo a pesar de que tanto la Gerente de Relaciones Laborales como la Jefe de Administración de Personal y Remuneraciones eran consciente que dicho rubro no se reconoce a los trabajadores que no hacen parte de las tripulaciones de vuelo.

En consecuencia, no hubo error sino una decisión libre de pagar tal rubro a pesar de que no existía obligación en tal sentido, motivo por el cual mal haría este Tribunal en declarar un error, el cual nunca existió, a fin de ordenar a la trabajadora la devolución de una cifra cuyo pagó decidió la empresa unilateralmente y que ahora, de forma reprochable, pretende catalogar como un error para ocultar, en últimas, que tal reconoció configuró una donación para con la trabajadora, acto que es irrenunciable conforme el artículo 1443 CC, más aún cuando fue aceptada por la **DEMANDANTE**, lo cual impide su revocatoria conforme el artículo 1469 CC.

Por las anteriores consideraciones, se rechazan las suplicas del recurso de apelación de la **DEMANDADA** y se confirmará la decisión del *a quo* de negar todas las pretensiones de la demanda de reconvención.

Así las cosas, resueltos todos los puntos de inconformidad elevados por las partes en sus recursos de apelación, la Sala modificará la sentencia de primera instancia a fin de condenar a la **DEMANDADA** a pagar la indexación de los conceptos laborales legales y convencionales pagados a la **DEMANDANTE** con ocasión de su reintegro, a través de la nómina de diciembre de 2017.

Costas de primera instancia a cargo de la **DEMANDADA** y deberán ser tasadas por el *a quo*. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A. – LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A.** a pagar a la demandante **ANA MARGARITA MC BROWN**, identificada con CC 66.863.716, a pagar la indexación de las acreencias laborales legales y convencionales, causadas entre el 27 de marzo de 2016 y el 17 de octubre de 2017, reconocidas en la retroactivo que ya pagó la **DEMANDADA** en la nómina de diciembre de 2017, tomando como IBC inicial el del mes en que se generó cada acreencia y como IBC final el de diciembre de 2017, conforme la parte motiva de esta providencia. Se **CONFIRMA** la absolución de todas las demás pretensiones de la demanda principal.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** en costas de primera instancia a la demandada **AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A. – LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A.** y a favor de la demandante

ANA MARGARITA MC BROWN, las cuales deberán ser liquidadas por el *a quo*.

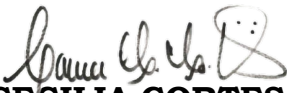
TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.
En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 21 2020 00299 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

GLORIA AMPARO BOGOTÁ AMAYA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 22 de diciembre de 1964; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 12 de agosto de 1993 y el 28 de febrero de 1998, y cotizó a dicha entidad un total de 185.57 semanas; que el 5 de noviembre de 1998, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen, ni que podía regresar al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que el 17 de marzo de 2020 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación inicial a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral de caducidad, inexistencia de la causal de nulidad (Pdf. 9, fls. 3 a 40).

Mediante auto del 24 de noviembre de 2021, se tuvo por no contestada la demanda a la demandada PORVENIR (Pdf. 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante

sentencia del 9 de diciembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora GLORIA AMPARO BOGOTÁ AMAYA al régimen de ahorro individual el 05 de noviembre de 1998 con fecha de efectividad a partir del 01 de enero de 1999 por intermedio de PORVENIR SA; y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora GLORIA AMPARO BOGOTÁ AMAYA Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES conforme a lo motivado.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PORVENIR S.A. Liquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES”.

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado del actor es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que el traslado de la demandante obedeció a una decisión libre y voluntaria, pues no se acreditó dentro del expediente la existencia de vicio en el consentimiento alguno, que además la decisión de permanecer en el RAIS fue voluntaria y contaba con los elementos de juicio necesarios para definir las implicaciones de su permanencia en el RAIS y por ello no resulta procedente declarar la ineficacia, agrega que para la fecha del traslado no era obligación de las AFP documentar la información que brindaban y de todas formas la actora se encuentra incurso dentro de una prohibición legal para regresar al RPM.

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que para el momento que se efectuó el traslado de régimen de la actora, no existía obligación legal relacionada con la documentación de la información que se brindaba al afiliado, o que ésta debiera tener o cumplir unas condiciones específicas, pues para dicho momento la única exigencia era la suscripción del formulario de afiliación, que

contiene la manifestación de voluntad de pertenecer al RAIS. Señala que en el caso bajo estudio, no se acreditó la existencia de lesión o perjuicio alguno causado a la demandante lo que torna improcedente la declaratoria de ineficacia del traslado. Agrega que en caso de confirmarse la decisión, se revoque en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración, pues el descuento que se realiza por este concepto está debidamente autorizado en la Ley y corresponde a la labor de administración que realiza la entidad.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de PORVENIR presentó alegaciones y solicita que se revoque la decisión de primera instancia, al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 22 de diciembre de 1964 (fl. 34, Pdf. 1); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 12 de agosto de 1993 y el 28 de febrero de 1998, por un total de 185.57 semanas (fl 36, Pdf. 1); **iii)** que el 5 de noviembre de 1998, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 56, Pdf. 1); **iv)** que el 17 de marzo de 2020, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 41, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las

mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>

	<i>derechos laborales y autonomía personal</i>	
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora GLORIA AMPARO BOGOTÁ AMAYA se trasladó a la AFP PORVENIR el 5 de noviembre de 1998, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio, min. 12:36), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en Plumorose Madrileña S.A., en el municipio de Tocancipá, que allí se reunió con un asesor de PORVENIR por aproximadamente 15 minutos, quien le indicó que el Seguro Social iba ser liquidado y podría quedarse sin pensión si no se trasladaba, que tendría mayores beneficios pensionales en el fondo privado y que su dinero estaría en una cuenta individual de la cual podía disponer una vez cumpliera 1.000 semanas y la edad, que por ello accedió a suscribir el formulario de traslado.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas

obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL 4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso la sentencia de primera instancia se confirmará en lo pertinente.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
EN USO DE PERMISO


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 22 2016 00581 01

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 16 de abril de 2021, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a la demandada al pago de un saldo por la liquidación final de prestaciones sociales, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo e indemnización moratoria.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CECILIA RODRIGUEZ FORERO, MARIA ALEJANDRA ORJUELA RODRIGUEZ Y MONICA ANDREA ORJUELA RODRIGUEZ, quienes actúan en calidad de esposa e hijas de JOSE MARIA ORJUELA RAMIREZ (q.e.p.d.), presentaron demanda ordinaria laboral en contra de **HORIZONTAL DE AVIACION S.A.S.**, con el fin de que se condene a la demandada al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, liquidación completa por

finalización del contrato, reajuste de aportes a la seguridad social que corresponden al causante, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indemnización moratoria y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que JOSE MARIA ORJUELA RAMIREZ (q.e.p.d.) celebró contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad demandada a partir del 1° de febrero del año 2006; que el último salario devengado corresponde a la suma de \$5.416.235; que el contrato finalizó el 24 de junio de 2015, por muerte del trabajador; que se presentaron en calidad de esposa e hijas para reclamar el pago de las prestaciones correspondientes; que el día 16 de septiembre de 2015, la demandada entregó la liquidación final de prestaciones sociales; que dentro de tal documento se evidencia que la dicha sociedad no consignó las cesantías del causante correspondientes al año 2014; que dichas cesantías tampoco fueron pagadas en la liquidación final de prestación sociales, pues solo ha hecho abonos parciales sobre tal concepto y todavía adeuda la suma de \$ 5.763.049; que en reiteradas ocasiones solicitaron el pago del saldo adeudado pero la demandada aun cuando reconoce la deuda no da una fecha de pago; que el 5 de julio de 2016, el empleador fue citado a una conciliación y éste no asistió, lo que acredita su mala fe por negarse al pago de lo adeudado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

HORIZONTAL DE AVIACION S.A.S. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la existencia de la relación laboral con el causante y el saldo insoluto de la liquidación de prestaciones sociales, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepción la de buena fe de la empresa (fls. 58 a 67).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 16 de abril de 2021, condenó a la demandada a pagar un saldo por la liquidación final de prestaciones sociales, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo e indemnización moratoria. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que el demandante JOSE MARIA ORJUELA RAMIREZ (q.e.p.d.) y la demandada HORIZONTAL DE AVIACION S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de febrero de 2006 hasta el 24 de junio de 2015, debido a la muerte del trabajador. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demanda HORIZONTAL DE AVIACIÓN S.A.S. a pagar a favor del demandante JOSE MARIA ORJUELA RAMIREZ (q.e.p.d.) la suma de \$5.763.049 por concepto de saldo pendiente de la liquidación de prestaciones sociales, la cual deberá ser indexada hasta el momento real de pago. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada HORIZONTAL DE AVIACION S.A.S. a pagar a favor del demandante JOSE MARIA ORJUELA RAMIREZ (q.e.p.d.) la suma diaria de \$180.541 por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del CST, a partir del día 25 de junio de 2015, hasta el 25 de junio de 2017, después de esto se tomará el interés bancario corriente más alto, hasta que se realice el pago efectivo de la totalidad de las prestaciones sociales causadas en la vigencia del contrato de trabajo, de conformidad con las consideraciones expuestas. **CUARTO: CONDENAR** a la demandada HORIZONTAL DE AVIACION S.A.S. a pagar a favor del demandante JOSE MARIA ORJUELA RAMIREZ (q.e.p.d.) la suma de \$1.805.410 por concepto de indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. **SEXTO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de mérito de pago. **SEPTIMO: CONDENAR** en costas a la demandada HORIZONTAL DE AVIACIÓN S.A.S. en la suma de 1 SMLMV”.

La Juez definió el problema jurídico en determinar si la demandada acreditó el pago de la liquidación de prestaciones

sociales del causante y de las cesantías correspondientes al año 2014. Para resolverlo indicó que no fue objeto de controversia la existencia de un contrato de trabajo entre el causante y la sociedad demandada. Estableció, al revisar las pruebas del expediente que la demandada no acreditó haber realizado el pago total de las prestaciones causadas a la terminación del contrato, que finalizó por muerte del trabajador, tampoco encontró que se hubiera realizado la consignación correspondiente a las cesantías del año 2014. Concluyó que la conducta de abstención de la demandada estuvo revestida de mala fe, en cuanto transcurrieron más de dos años desde la fecha de fallecimiento del trabajador y aquella en que la entidad entró en proceso de liquidación, tiempo durante el cual pudo realizar el pago de lo adeudado. Por ello, condenó al pago de la sanción por no consignación de cesantías y la indemnización moratoria.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto impone condena al pago de la sanción por no consignación de cesantías y la indemnización moratoria. Para sustentar el recurso aduce que la conducta de la entidad no fue de mala fe y ello se justifica en el proceso de liquidación que tuvo que iniciar con posterioridad a la fecha de terminación del contrato, dice además, que los pagos parciales que realizó, son prueba de que su intención no era defraudar los intereses del ex trabajador.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la sociedad demandada presentó alegaciones y al efecto reiteró los argumentos expuestos en

el recurso. Por su parte el apoderado de la parte demandante no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si es procedente la condena al pago de la sanción por no consignación de las cesantías y la indemnización moratoria.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** entre JOSE MARIA ORJUELA RAMIREZ (q.e.p.d.) y la sociedad demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de febrero de 2006 hasta el 24 de junio de 2015, que finalizó por el fallecimiento del trabajador (hecho definido por la juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso); **ii)** que el último salario devengado por el causante corresponde a la suma de \$5.416.235 (hecho aceptado por la demandada en la contestación a la demanda, fl. 59).

- Sobre la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de cesantías a un fondo.

Para resolver lo pertinente, el artículo 65 del CST establece que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores la totalidad de salarios y prestaciones sociales cuando termine el contrato de trabajo, y en caso de incumplimiento, debe pagar un salario diario por cada día de mora. Por otra parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece a cargo del empleador el pago de la indemnización por

no consignación de cesantías a un fondo, cuando no cumple dicha obligación dentro del término legal.

Al efecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de esta disposición, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL2885 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, SL1702 de 2020, SL5086 de 2020, entre otras. También ha dicho la Corte que en aquellos casos en que la sociedad demandada entra en proceso de liquidación o reorganización, el pago de esta indemnización corre únicamente hasta la fecha en que inicia el proceso de liquidación obligatoria o de reorganización, pues a partir de este momento no se puede deducir mala fe en cuanto la razón de la omisión no es la intención de desconocer o defraudar los intereses de los trabajadores. (Sentencia SL2833-2017, SL1186-2019).

Así las cosas y una vez revisado el expediente, advierte la Sala que la condena al pago de esta indemnización, para el caso que nos ocupa, correría desde el día 25 de junio de 2015, momento en que terminó el contrato de trabajo por fallecimiento del causante y hasta el día 12 de marzo de 2018, fecha en que se admitió al proceso de reorganización a HORIZONTAL DE AVIACION S.A.S., según se observa del auto emitido por la Superintendencia de Sociedades (fls. 147 y 148). Como la Juez de primera instancia dispuso esta condena hasta que la demandada realice el pago efectivo de las prestaciones adeudadas, se modificará en lo pertinente su decisión para definir que el valor de la indemnización moratoria a cargo de esta entidad, corresponde a la suma de **\$129.989.520** (salario diario \$180.541*720) que corresponde a la causada entre el 25 de junio de 2015 y el 25 de junio de 2017, es decir por los primeros 24 meses, a

partir del mes 25, es decir desde el 26 de junio de 2017 y hasta el 12 de marzo de 2018, la demandada deberá pagar por concepto de intereses certificados por la Superfinanciera la suma de \$791.173.

Desde	Hasta	Capital	Días mora	Resolución	Anual	Diario	Subtotal
26/06/2017	30/06/2017	\$ 5.763.049	5	488	22,33%	0,0552%	\$ 15.916
1/07/2017	31/07/2017	\$ 5.763.049	31	907	21,98%	0,0544%	\$ 97.277
1/08/2017	31/08/2017	\$ 5.763.049	31	907	21,98%	0,0544%	\$ 97.277
1/09/2017	30/09/2017	\$ 5.763.049	30	1155	21,48%	0,0533%	\$ 92.192
1/10/2017	31/10/2017	\$ 5.763.049	31	1298	21,15%	0,0526%	\$ 93.933
1/11/2017	30/11/2017	\$ 5.763.049	30	1447	20,96%	0,0521%	\$ 90.159
1/12/2017	31/12/2017	\$ 5.763.049	31	1619	20,77%	0,0517%	\$ 92.394
1/01/2018	31/01/2018	\$ 5.763.049	31	1890	20,69%	0,0515%	\$ 92.070
1/02/2018	28/02/2018	\$ 5.763.049	28	131	21,01%	0,0523%	\$ 84.331
1/03/2018	12/03/2018	\$ 5.763.049	12	259	20,68%	0,0515%	\$ 35.624
TOTAL							\$ 791.173

De lo anterior, se deduce que la demandada deberá pagar por este concepto la suma única de \$130.780.693, y en este sentido se modificará el numeral tercero de la sentencia apelada.

Frente a la sanción por no consignación de las cesantías, que la juez tasó desde el 14 de febrero de 2015 hasta la fecha de terminación del contrato, no se realizará modificación alguna, pues ésta se causó con anterioridad a la fecha en que la entidad fue admitida al proceso de reorganización.

Finalmente, para responder el argumento de apelación referido a que de todas formas no es procedente la condena impuesta porque la sociedad no actuó de mala fe, la Sala dirá que al expediente no se aportaron pruebas adicionales que justifiquen la conducta omisiva de la sociedad demandada, ningún documento prueba el estado de iliquidez o la difícil situación económica de la demandada antes del inicio de su proceso de reorganización. Tampoco puede entenderse buena fe de los pagos parciales realizados por la sociedad, pues siempre conoció el valor del saldo insoluto por concepto de prestaciones sociales, y aun así con el pasar del tiempo no intentó realizar nuevos abonos y tampoco compareció a la diligencia de conciliación a la que fue citada por la parte demandante para intentar llegar a un acuerdo sobre el pago de los valores adeudados, lo que

denota que la conducta de abstención de la demandada se prolongó de manera injustificada, pues no mostró intereses en negociar la deuda o pactar una forma razonable para cancelar la suma de dinero pendiente de pago (fl. 12).

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de CONDENAR a la demandada a pagar la suma única de \$130.780.693, por concepto de indemnización moratoria, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 23-2020-00380-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 07 de septiembre de 2021 del Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que condenó al pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexados, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **COLPENSIONES** (28:35 carpeta “15.1Anexos” archivo “AUDIENCIA EXP. 023-2020-00380-20210907_100903-Meeting Recording”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (carpeta “2.1Anexos”, archivo “005EscritoDeSubsanacion”).

HILDA INÉS OSPINA GUERRERO solicitó condenar a **COLPENSIONES** a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por la demora en el pago del retroactivo de las mesadas del 18 de marzo de 2017 a septiembre de 2020, pagadas hasta octubre de 2020 con la Resolución SUB 188980 del 04 de septiembre de 2020, devolver \$5.368.430 descontados de más con dicho acto, indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 07 de mayo de 1998 solicitó su pensión de vejez ante el ISS, la cual negó con la Resolución 018953 del 27 de septiembre de 1999 presuntamente por no acreditar las semanas necesarias, tras lo cual la Resolución 01483 del 25 de febrero de 2020 reconoció una indemnización sustitutiva de pensión de vejez por \$3.336.267, luego, el 18 de marzo de 2020 solicitó de nuevo la pensión a **COLPENSIONES** y, luego de 20 años, se reconoció la pensión de vejez con la Resolución 188990 del 04 de septiembre de 2020, a partir del 18 de marzo de 2017 en cuantía inicial de \$737.717, reconocida mediante régimen de transición bajo el decreto 758 de 1990, pensión que se liquidó considerando 828 semanas y con una tasa de reemplazo del 63% del IBL, siendo pagado un retroactivo de \$26.477.606 en octubre de 2020, a la vez que la Entidad descontó \$8.704.697. Afirmó que mediante derecho de petición radicado el 30 de octubre de 2020, solicitó la devolución de la diferencia entre lo descontado y lo pagado como indemnización sustitutiva, petición que negó **COLPENSIONES** con la Resolución SUB 239351 el 06 de noviembre de 2020.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (subcarpeta “ContestacionColpensiones” carpeta “EXPEDIENTE” carpeta “15.1Anexos”).**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó como ciertos los hechos relativos a la primera Resolución que negó la pensión de vejez, reconocimiento de la indemnización sustitutiva, reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 18 de marzo de 2017 y pago de retroactivo pensional y que negó reclamación de devolución de diferencia del descuento. Indicó que la **DEMANDANTE** se pensionó una vez reunió los requisitos para acceder a la pensión de vejez mediante régimen de transición, de otra parte, aseguró que la indemnización sustitutiva se pagó por \$3.336.267 en 2000, por lo cual el valor actualizado a 2020 fue \$8.704.697 y por ende no hay diferencia alguna pendiente de pago. Interpuso las excepciones de carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses

moratorios e indexación, compensación, incompatibilidad de la indemnización sustitutiva de vejez y la pensión de vejez y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (28:35 carpeta “15.1Anexos” archivo “AUDIENCIA EXP. 023-2020-00380-20210907_100903-Meeting Recording”).

El 07 de septiembre de 2021, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer a favor de la señora HILDA INÉS OSPINA GUERRERO la suma de \$2.800.370, por concepto de los intereses moratorios señalados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, suma que deberá indexarse, conforme las consideraciones expuestas en la parte considerativa de la decisión. SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. TERCERO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer si procede el pago de los intereses moratorios y devolución solicitadas en la demanda.

Para resolver indicó que **COLPENSIONES** cuenta con 4 meses para resolver la solicitud de reconocimiento pensional, conforme el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por ello, como la **DEMANDANTE** presentó dicha solicitud el 18 de marzo de 2020, el plazo venció el 18 de julio de 2020, pero solo hasta la Resolución SUB 188980 del 04 de septiembre de 2020 se resolvió la petición, por ende, condenó a los intereses causados sobre la totalidad del retroactivo pensional, por cuanto no hubo prescripción ya que la demanda se radicó en los 3 años siguientes al acto que resolvió la reclamación administrativa. Negó la solicitud de devolución de la diferencia, porque la Entidad se limitó a descontar el valor de la indemnización sustitutiva indexado.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** solicitó revocar el fallo. Señaló que el plazo para

reconocer la pensión de vejez es de 06 meses, conforme lo indicado en las sentencias T-588 de 2003, C-1024 de 2004 y SU-065 de 2018, por ende, no se superó el plazo establecido y no proceden los intereses (29:28 carpeta “15.1Anexos” archivo “AUDIENCIA EXP. 023-2020-00380-20210907_100903-Meeting Recording”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, si bien la apoderada principal de **COLPENSIONES** presentó alegatos, dicha Entidad otorgó poder a World Legal Corporation S.A.S., identificada con NIT 900390380, quien sustituyó poder a la doctora Yessica Paola Collazos Rubio, identificada con CC 1.018.450.089 y TP 278.256 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, sin perjuicio de las eventuales actuaciones que se adelantes conforme el numeral 20 del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, quien solicitó revocar el fallo reiterando los argumentos del recurso de apelación. Agotado el término de traslado, la apoderada de la **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez de la condena a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandada **COLPENSIONES**, a través de la Resolución SUB 188980 del 04 de septiembre de 2020, reconoció a la demandante **HILDA INÉS OSPINA GUERRERO** pensión legal de vejez, a partir del 18 de marzo de 2017, junto con el pago del retroactivo pensional generado desde la fecha de reconocimiento y hasta septiembre de 2020 (archivo “*GEN-ANE-CM-2020_8452923-20200909061123*” subcarpeta “*ExpedienteAdministrativo*” carpeta “*ContestacionColpensiones*”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* condenó al pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexados, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **COLPENSIONES**. La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que conforme las sentencias T-588 de 2003, C-1024 de 2004 y SU-065 de 2018, el plazo para reconocer la pensión de vejez es de 06 meses, término que no se superó en el caso de la **DEMANDANTE** y no procede la condena.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre el plazo para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y la condena a intereses moratorios.**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 consagra que la mora en el pago de las mesadas pensionales que trata dicha Ley, conlleva que

la Entidad correspondiente reconozca al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de intereses moratorio vigente en el momento que se efectuó el pago.

Sobre el alcance de la precitada norma, la H. CSJ ha determinado que dichos intereses son viables en todas las pensiones legales reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, por cuanto el pago oportuno de la prestación es un derecho fundamental constitucional y legal, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 define y clarifica las pautas para la liquidación de todas las pensiones legales y, finalmente, porque las pensiones derivadas del régimen de transición hacen parte del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993. Dicha posición ha sido reiterada en las sentencias SL1681 de 2020, SL3130 de 2020, SL1302 de 2021, SL1727 de 2021, SL945 de 2022, entre otras.

En cuanto el plazo que tiene la entidad administradora de pensiones para reconocer la pensión, el artículo 4 de la Ley 700 de 2001 consagra un plazo de seis (6) meses, a partir de la solicitud de reconocimiento por parte del interesado, para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las respectivas mesadas, so pena de que el funcionario que por acción u omisión incumpla dicho plazo, incurra en causal de mala conducta y sea solidariamente responsable del pago de la eventual indemnización moratoria y costas judiciales.

Posteriormente, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, estableciendo en el numeral 1° que los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petitionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

Así las cosas, el plazo establecido en el artículo 4 de la Ley 700 de 2001 establece el plazo máximo (6 meses) para efectuar el pago de

las mesadas pensionales, por su parte, para el caso de la pensión legal de vejez, parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, fija el plazo máximo (4 meses) para reconocer la pensión de vejez, términos que no son contradictorios sino complementarios entre sí, en el sentido de que el reconocimiento de la prestación, esto es, la decisión que resuelve la procedencia de la petición de reconocimiento, es previo al pago efectivo de la mesadas pensionales.

Así las cosas, la H. CSJ ha sostenido que en el caso de la pensión de vejez, los intereses moratorios se generan a partir del día siguiente al vencimiento de los 04 meses para resolver la solicitud y no al vencimiento de los 06 meses para efectuar el pago de las mesadas, tal y como ha señalado en las sentencias SL4073 de 2020, SL435 de 2021, SL3563 de 2021, SL3696 de 2021, SL205 de 2022, entre otras.

La H. Corte Constitucional comparte la precitada posición. En la sentencia T-155 de 2018 indicó que conforme las normas del derecho de petición y las Leyes 100 de 1993 y 700 de 2001, todo derecho de petición relativo a un reconocimiento de una pensión legal de vejez implica que la administradora deba cumplir las siguientes acciones: **i)** dentro de los 15 días siguientes a la radicación debe informe al peticionario el estado del trámite y la fecha en la que responderá de fondo su inquietud; **ii)** dentro de los 4 meses siguientes a la radicación debe resolver la solicitud; **iii)** dentro de los 6 meses siguientes a la radicación debe adoptar las medidas necesarias para facilitar el pago efectivo de las mesadas pensionales.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no existe discusión alguna entre las partes respecto los hechos fácticos indicados en la Resolución SUB 188980 del 04 de septiembre de 2020.

Conforme dicho acto administrativo, la **DEMANDANTE** solicitó el 18 de marzo de 2020 el reconocimiento y pago de su pensión de vejez,

prestación que reconoció **COLPENSIONES** conforme el Decreto 758 de 1990 en virtud del régimen de transición y, si bien la Entidad reconoció que la prestación se causó el 10 de mayo de 1998 según la edad de la afiliada, aplicó la prescripción para fijar como fecha de disfrute el 18 de marzo de 2017, fijando como valor inicial de mesada \$737.717 (1 smlmv), motivo por el cual reconoció un retroactivo pensional por \$38.865.803, del cual descontó los aportes a salud y el valor indexado de la indemnización sustitutiva de \$3.336.267 reconocida por el extinto ISS mediante la Resolución 01483 del 25 de febrero de 2020, siendo el valor definitivo a reconocer de \$26.477.606 (archivo “*GEN-ANE-CM-2020_8452923-20200909061123*” subcarpeta “*ExpedienteAdministrativo*” carpeta “*ContestacionColpensiones*”).

Así las cosas, no queda duda alguna de que la **DEMANDANTE** efectuó su solicitud de reconocimiento el 18 de marzo de 2020 y solo hasta el 04 de septiembre de 2020, esto es, 05 meses y 14 días después, resolvió la solicitud de reconocimiento, desconociendo el plazo máximo de 04 meses señalado en el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, siendo procedente la imposición de intereses moratorios, sin que sea de recibo el argumento de la apoderada de **COLPENSIONES** de que el plazo máximo para resolver dicha solicitud era 06 meses, por cuanto el artículo 4 de la Ley 700 de 2001 fija el plazo para realizar el pago de la mesada, asunto distinto al plazo para el reconocimiento de la prestación pensional.

Así las cosas, resuelto el punto de inconformidad elevado en el recurso de apelación de **COLPENSIONES** y al no existir la posibilidad de disminuir o revocar la condena a los intereses moratorios, se agota el objeto del grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se confirmará el fallo de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL,
Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de
la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia,
conforme la parte motiva de esta providencia.

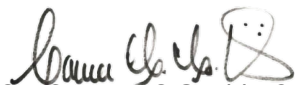
SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 23-2020-00414-01

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 29 de octubre de 2021 del Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó devolver los aportes y sus rendimientos sin descuento por gastos de administración a **COLPENSIONES**, declaró probada la excepción de la **UGPP**, declaró no probadas las excepciones de las demás partes y condenó en costas a **COLFONDOS S.A.** (54:52 archivo “*Audiencia*” carpeta “37.1Anexos”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (archivo “**DEMANDA_3_12_2020_15_59_26**” carpeta “37.1Anexos”).

YOLANDA VELÁSQUEZ ZARATE solicitó declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS y subsecuentes traslados entre AFP, su retorno al RPM y el traslado de todos los ingresos recibidos por esa afiliación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 20 de diciembre de 1960; que se afilió al extinto ISS y cotizó 503 semanas y a CAJANAL;

que el 1° de julio de 1994 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.** y posteriormente se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 29 de mayo de 2002, AFP que no suministraron información clara y completa sobre las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que solicitó a las **DEMANDADAS** la ineficacia de su traslado pensional, petición que fue rechazada.

• CONTESTACIÓN DEMANDA.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE**, su vinculación al RPM y que negó su solicitud de ineficacia del traslado al RAIS. Señaló que no procede el retorno al RPM por la restricción por edad y afectar la sostenibilidad financiera del sistema, sin que haya prueba de los hechos alegados en la demanda, siendo la voluntad de la afiliada permanecer al RAIS conforme los más de 27 años que permaneció en dicho régimen sin solicitar su traslado. Interpuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante **COLPENSIONES** en caso de ineficacia del traslado de régimen pensional, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, imposibilidad de condenar al pago de intereses moratorios, improcedencia del traslado del pensionado y la genérica (subcarpeta “*CONTESTACION COLPENSIONES*” carpeta “*37.1Anexos*”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE** y su afiliación al RPM, su afiliación a la AFP en 1994

y que negó la solicitud de ineficacia del traslado de régimen. Indicó que informó a la **DEMANDANTE** como se liquidan las pensiones en ambos regímenes, agotó los requisitos legales para brindar información eficaz, oportuna y clara, dispuso canales de atención y envió extractos, siendo responsabilidad de la afiliada el dejar para los últimos momentos de su vida laboral el aclarar dudas sobre su afiliación de régimen, ya que nunca manifestó inconformidad de su permanencia en el RAIS. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicio del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, prescripción, compensación y pago y la genérica (subcarpeta “*CONTESTACION COLFONDOS*” carpeta “37.1Anexos”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que las características de los regímenes pensionales están en la Ley, la cual es de acceso público, en todo caso, el formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE evidencia la libre escogencia de AFP, luego de una asesoría sobre el funcionamiento del RAIS, documento público que se presume autentico y tiene plenos efectos probatorios, sin que exista prueba de las presuntas falencias descritas en la demanda. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (subcarpeta “*CONTESTACION PORVENIR*” carpeta “37.1Anexos”).

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE** y que le negó su solicitud de ineficacia. Indicó que la **DEMANDANTE** nunca efectuó cotizaciones a la extinta CAJANAL, de otra parte, señaló que no se prueban los hechos alegados en la demanda y que no procede el retorno al RPM por la restricción por edad. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la

obligación y prescripción de las mesadas (subcarpeta “CONTESTACIÓN UGPP” carpeta “37.1Anexos”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (54:52 archivo “Audiencia” carpeta “37.1Anexos”).

El 16 de noviembre de 2021, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la Ineficacia de la afiliación o traslado de la señora demandante YOLANDA VELÁSQUEZ ZARATE al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y como consecuencia lógica y porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal el traslado entre administradoras realizado hacia la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo considerado. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los dineros recibidos con ocasión a la afiliación de la señora demandante a dicho fondo entre el 01 de julio de 1994 al 30 de junio de 2002, junto con los rendimientos pagados y causados a dicha Administradora, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación a la fecha de su pago. PARÁGRAFO: Autorizamos como único descuento a esta AFP los dineros transferidos a la AFP PORVENIR con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante el 01 de julio de 2002. TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, también se ordena devolver de manera indexada, desde la fecha de su causación a la fecha de su pago. CUARTO: declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la UGPP, por ende desvinculada, conforme a la considerada. QUINTO: DECLARAR que la señora demandante YOLANDA VELÁSQUEZ ZARATE, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. SEXTO: DECLARAR no probadas las

*excepciones propuestas. **SÉPTIMO: COSTAS** a cargo de COLFONDOS. **OCTAVO:** se ordena la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado de régimen pensional fue ineficaz para establecer la procedencia de las pretensiones.

Para resolver indicó que la falta de información impide un consentimiento libre en la selección del régimen pensional, deber cuyo cumplimiento debe ser acreditado por la AFP, sin embargo, las **AFP DEMANDADAS** solo aportados certificados de afiliación e historias laborales, documentos que solo acreditan la afiliación al RPM y desde 1994 al RAIS pero no que al momento del traslado se haya brindado información sobre las consecuencias e implicaciones de dicho acto, por lo cual declaró ineficaz el traslado y ordenó el retorno a **COLPENSIONES** porque CAJANAL fue sustituida por el Fondo del RPM desde 1995 en virtud del artículo 130 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1151 de 2007 creó a **COLPENSIONES** como administradora del RPM, de otra parte, ordenó a las AFP la devolución de los dineros recibidos, con sus rendimientos y si hacer descuento alguno y condenó en costas a **COLFONDOS** porque fue quien suscito la ineficacia.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, toda vez que el deber de documentar la asesoría más allá del formulario de afiliación surgió hasta la Ley 1748 de 2014, además, no se puede invertir la carga de la prueba de forma discriminada para imponer obligaciones no vigentes al momento del traslado, siendo que la **DEMANDANTE** no cumplió sus deberes como consumidor financiero conforme el Decreto 2555 de 2010 y solicitó el traslado al RPM luego de que la aplica la restricción por edad y su motivación es la inconformidad con el monto pensional, la cual no es causal de nulidad, también solicitó valorar los actos de relacionamiento que

demuestran la voluntad del afiliado de permanecer en el RAIS. En caso de confirmar el fallo, solicitó revocar la condena a devolver los gastos de administración, ya que son un descuento autorizado por Ley por la buena gestión de la AFP, entregarlos a **COLPENSIONES** causa un enriquecimiento sin justa causa, también se causan en el RPM y porque se aplican las restituciones solo en contra de la AFP, sin que la **DEMANDANTE** deba realizar restitución alguna (57:25 archivo “*Audiencia*” carpeta “37.1Anexos”).

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Alego que las pruebas demuestran un error de derecho, el cual no genera nulidad, falencia que se subsanó con la decisión de firmar el formulario de afiliación y permanecer en el RAIS varios años, además el deber de información en 1994 no imponía comparaciones ni simulaciones, las cuales eran imposibles de calcular al momento del traslado, además la **DEMANDANTE** no puede retornar al RPM por la restricción por edad, sin que sea válido retrotraer un derecho que la afiliada indicó que no le interesó, faltando a su deber de escogencia cuidadosa de la administración de sus aportes, por lo cual la negligencia no es solo de la AFP. Aseguró que **COLPENSIONES** es un tercero que no debe responder por el incumplimiento de las partes que firmaron el traslado de régimen pensional, porque aún si se trasladan todos los valores de la CAIP se afecta la sostenibilidad financiera a favor de una persona que no aportó al fondo común y esta cerca de pensionarse (01:01:20 archivo “*Audiencia*” carpeta “37.1Anexos”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo apelado, alegando que se aplicó, de manera correcta, el precedente jurisprudencial según las pruebas practicadas en el proceso. De otra parte, la demandada **COLPENSIONES** otorgó poder a World Legal Corporation S.A.S., identificada con NIT 900390380, quien sustituyó poder al doctor Javier Ramiro Castellanos

Sanabria, identificado con CC 1.020.714.534 y TP 237.954 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha parte, sin perjuicio de las eventuales actuaciones que se adelantes conforme el numeral 20 del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, quien solicitó revocar el fallo, porque el afiliado no puede retornar al RPM por la restricción por edad, no se cumplen los requisitos de la sentencia SU130 de 2013, no se puede equiparar la inversión de la prueba al no haber régimen de transición pensional, el deber de información se cumplió conforme las exigencias vigentes al momento del traslado.

A su vez, el apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, alegando que no se acredita causal de nulidad, no se cumplen los requisitos para aplicar la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que el formulario de afiliación es un documento autentico con plenos efectos probatorios, se saneo cualquier irregularidad con la ratificación tacita del afiliado; si se confirma el fallo, solicitó revocar la devolución de gastos de administración, conforme el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, ya que no están destinados a financiar la pensión, su devolución genera un enriquecimiento sin justa causa ni son de propiedad de los afiliados y son prescriptibles. La apoderada de la **UGPP** solicitó confirmar el fallo, por cuanto no es la Entidad responsable de asumir la afiliación de la **DEMANDANTE** en el evento que se ratifique la ineficacia del traslado pensional.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **YOLANDA VELÁSQUEZ ZARATE** nació el 20 de diciembre de 1969 (Pág. 188 archivo “*subsanción, traslado y demanda con anexos*” carpeta “37.1Anexos”); *ii)* el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 16 de julio de 1979 al 11 de junio de 1986, acumulando 272 semanas (Pág. 223 archivo “*subsanción, traslado y demanda con anexos*” carpeta “37.1Anexos”); *iii)* la **DEMANDANTE** se afilió a la extinta CAJANAL entre el 20 de febrero de 1990 al 31 de julio de 1994 (Pág. 238 archivo “*subsanción, traslado y demanda con anexos*” carpeta “37.1Anexos”); *iv)* la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **COLFONDOS S.A.** del 22 de junio de 1994, efectivo desde el 1° de junio de 1994; *v)* la **DEMANDANTE** se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** mediante formulario de afiliación del 29 de mayo de 2002, efectivo a partir del 1° de julio de 2002, AFP donde permanece vinculada (Pág. 227 y 272 archivo “*subsanción, traslado y demanda con anexos*” carpeta “37.1Anexos”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó devolver los aportes y sus rendimientos sin descuento por gastos de administración a **COLPENSIONES**, declaró probada la excepción de la **UGPP**, declaró no

probadas las excepciones de las demás partes y condenó en costas a **COLFONDOS S.A.**

La demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Alegó que el deber de documentar la asesoría nace con la Ley 1748 de 2014, que no se puede invertir la carga de la prueba, que la afiliada no cumplió sus deberes como consumidor financiero, pide el traslado al RPM bajo la restricción por edad y la inconformidad con el monto de la eventual pensión no es causal de nulidad, ratificó su permanencia en el RAIS con actos de relacionamiento. En caso de confirmarse el fallo, solicitó revocar la devolución a gastos de administración.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que las pruebas acreditan un error de derecho, el cual no genera nulidad y se subsanó con la firma del formulario de afiliación y permanecer en el RAIS varios años, siendo que en 1994 no era exigible hacer comparaciones ni simulaciones, sin que la afiliada pueda retornar al RPM por la restricción por edad, además no se puede retrotraer un hecho en el cual no hubo interés por la **DEMANDANTE**, quien fue negligente, siendo **COLPENSIONES** un tercero no llamado a responder el incumplimiento de las partes que firmaron el traslado del régimen pensional, ya que incluso trasladando los valores de la CAIP se afecta la sostenibilidad financiera del RPM.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia

libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(…)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos

debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019, SL4025 de 2021, SL1891 de 2022, entre otras, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE** o con posterioridad, las **AFP DEMANDADAS** hayan brindado una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias del traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acredita con la mera firma del formulario de afiliación y demás formatos allegados por las AFP, inclusive, **COLFONDOS S.A.** no allegó el formulario de afiliación de 1994, por tanto, no se acredita que la realización de una comparación expresa entre los regímenes y la exposición de los alcances y consecuencias de la decisión de traslado al RAIS.

De otra parte, si bien la **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que el valor de su pensión en el RAIS es por los aportes y ahorros en el fondo, tal manifestación no es confesión de haber recibido una asesoría completa y oportuna por las **AFP DEMANDADAS**, por cuanto la declarante también manifestó no conocer aspectos como las modalidades de pensión del RAIS, la posibilidad de hacer aportes voluntarios, además no expresó que los asesores de los Fondos le hayan informado sobre las características del RPM (11:02 archivo “*Audiencia*” carpeta “37.1Anexos”).

Así las cosas, se confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS, lo que conlleva considerar que la **DEMANDANTE** nunca se trasladó del RPM y permaneció afiliada en la

extinta CAJANAL y, por tanto, al 1° de julio de 2009 tenía apenas 39 años y no tenía los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez, lo cual hubiera generado su traslado a **COLPENSIONES** conforme el Decreto 2196 de 2009, el cual que suprimió y ordenó la liquidación de CAJANAL y el traslado masivo de los afiliados de dicha Caja al extinto ISS, salvo aquellos que al 1° de julio de 2009 tuvieran cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez.

En atención al grado jurisdiccional de consulta y que a su vez fue objeto del recurso de apelación, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver, debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. En tal sentido se modificará el fallo de primera instancia para concretar el alcance de la condena a cargo de las **AFP DEMANDADAS**.

También se confirmará la ordena a **COLPENSIONES** reactivar la afiliación del **DEMANDANTE** en el RPM y actualizar su historia laboral, advirtiendo la Sala que dicha condena no afecta el principio de sostenibilidad fiscal, toda vez que la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes y por ello las **AFP DEMANDADAS** debe reintegrar al RPM todos los recursos que sirven para el eventual reconocimiento pensional, indexados.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente

pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019; SL4062 de 2021; SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: modificar el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **COLFONDOS S.A.**

PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por dicha AFP con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral noveno a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

En Uso de Permiso


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.