



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0197-2020

Radicado N° 01 2019 00273 01

Bogotá once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 23 de junio de 2020, por el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a **SKANDIA S.A.** a trasladar todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la demandante a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliada del RPM a la demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARIA ADELA MANCERA SIERRA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

OLD MUTUAL S.A. (SKANDIA), 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 y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 21 de junio de 1963, que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 18 de septiembre de 1987 hasta el 31 de marzo de 1999 para un total de 495,57 semanas, que el 22 de febrero de 1999 se trasladó al RAIS administrado por OLD MUTUAL, que no recibió de esta entidad información sobre las implicaciones y consecuencias positivas y negativas del traslado, ni se le informó que tendría la posibilidad de retornar al RPM antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad de pensión, que el 13 de agosto de 2018 solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RAIS y esta entidad resolvió de manera desfavorable su solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, afiliación al ISS y solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público (fls. 71 a 87).

La **AFP SKANDIA S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, y traslado de régimen, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 92 a 96).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 23 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a SKANDIA a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la demandante a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliada del RPM a la demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante MARIA ADELA MANCERA SIERRA con CC. 51.722.177 a través del fondo administrado por la sociedad demandada FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. **SEGUNDO: ORDENAR** a la demandada COLPENSIONES autorizar el traslado de la señora MARIA ADELA MANCERA SIERRA con CC. 51.722.177 al RPM, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. **TERCERO: ORDENAR** a SKANDIA S.A., a trasladar los aportes efectuados por la demandante MARIA ADELA MANCERA SIERRA con CC. 51.722.177 en el RAIS, junto con los rendimientos que se hubieren causado o el bono pensional si hubiere lugar. **CUARTO:** Sin costas para las partes en la presente instancia”.

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 en el presente asunto, las AFP demandadas tenían la carga de probar el cumplimiento al deber de información, lo cual no ocurrió, pues no se aportó prueba alguna al efecto. Concluyó que en consonancia con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos procede la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que la demandante se encuentra incurso en una prohibición legal para regresar al RPM y tampoco acreditó ser beneficiaria del régimen de transición. Dice que la decisión de ineficacia aquí declarada atenta contra el principio de estabilidad financiera del sistema.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos. 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, presentó alegaciones. Solicita que se confirme la decisión de primera instancia con fundamento en que se dan los lineamientos establecidos por la jurisprudencia para que se decrete la ineficacia del traslado de régimen pensional en segunda instancia.

La AFP SKANDIA 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 COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado pensional de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP SKANDIA cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 21 de junio de 1963 (fl. 18); **ii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 18 de septiembre de 1987 hasta el 31 de marzo de 1999 para un total de 495,57 semanas (fl. 14); **iii)** que el 25 de febrero de 1999 se trasladó al RAIS administrado por SKANDIA (fl. 136); **iv)** que el 13 de agosto de 2018 solicitó a la AFP SKANDIA la nulidad del traslado de régimen pensional (fls. 33 a 38); **v)** que el 13 de agosto de 2018 solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM (fls. 25 a 30).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección 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. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, 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.

Concomitante con lo anterior, el 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 en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, 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 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.

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 consecuencia 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.

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.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARIA ADELA MANCERA SIERRA se trasladó a la AFP SKANDIA el 25 de febrero de 1999, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy 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. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por la demandante (CD. 2 min. 19:33) y por la representante legal de la demandada SKANDIA (CD. 2 min. 38:07), pues por una parte la Representante de la entidad solo manifestó que no existía documento alguno que acredite el tipo de información que recibió la demandante en tanto no era deber documentar la información suministrada, y por otra parte, la demandante afirmó que en una reunión general realizada en Frost Laboratorios donde trabajaba en la época, un asesor del fondo de pensiones les dijo que el ISS se iba acabar y perderían su pensión, que los fondos tenían condiciones favorables en materia pensional y mayor rentabilidad.

Tampoco se extrae nada sobre el particular del testimonio rendido por FEDERMAN NUÑEZ (CD. 2 min. 48:36), pues éste solo dijo haber estado presente en una reunión general realizada por un asesor de SKANDIA en las instalaciones de Frost Laboratorios, donde trabajaba con la demandante, que en dicha reunión les informaron que el ISS e iba acabar y no había seguridad de que obtuvieran una pensión pero no se les dijo nada relacionado con 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 SKANDIA 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 SKANDIA S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará 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 SKANDIA a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 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 los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, 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).

Dado que el juez de primera instancia no definió la devolución de los gastos de administración, para mejor proveer la Sala adicionará el numeral tercero de la sentencia y definirá la condena como corresponde.

Sobre la obligación aquí definida a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para dar cumplimiento a la obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, 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 el cual quedará de la siguiente forma: ORDENAR a la **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo los rendimientos generados por éstos en dicho Fondo y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración debidamente indexados los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos.

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 la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0186-2020

Radicado N° 04-2019-00394-01

Bogotá, once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recursos de apelación de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 13 de julio de 2020, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, condenó a **PORVENIR S.A.** a devolver los saldos de la CAIP, con sus frutos, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración hacia **COLPENSIONES**, a quien ordenó a reactivar la afiliación en el RPM, absolvió a la **UGPP** de todas las pretensiones y no condenó en costas (fl. 258 a 261, 43:28 cd fl. 257).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 03 a 22, 52 a 61).**

DORIS GILMA LEMUS GONZÁLEZ solicitó declarar nulo e ineficaz su traslado del RPM al RAIS efectuada desde la extinta CAJANAL, en consecuencia, ordenar su retornó automático al RPM a

través de **COLPENSIONES**, condenar a **PORVENIR S.A.** a devolver los aportes y rendimientos, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 26 de noviembre de 1958; que se afilió al RPM a través de la extinta CAJANAL hoy **UGPP** desde el 05 de abril de 1979 al 30 de diciembre de 1991; que el 26 de agosto de 1999 se trasladó mediante afiliación a la AFP DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente se trasladó a **PORVENIR S.A.**, sin que dichas AFP brindaran información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante. Indicó que la demandante esta incurso en la restricción de traslado de régimen pensional por edad, no cumple los requisitos para su retorno en cualquier tiempo, que no se acreditó causal de nulidad alguna y que de haber existido vicio del consentimiento se saneó por el paso del tiempo. Interpuso las excepciones de validez de afiliación al RAIS, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la genérica (fl. 65 a 73).

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 y su afiliación a la AFP DAVIVIR. Indicó que el traslado del RPM al RAIS fue valido por cuanto cumple todos los requisitos para su existencia y validez, además, la demandante no acreditó vicio en el consentimiento ni dolo o información engañosa del fondo, siendo que de forma previa a tal decisión recibió una asesoría sobre todas las características del RAIS y su comparación con el RPM, quien nunca ejerció su derecho de retracto ni manifestó su voluntad de retornar al RPM. Interpuso las excepciones de validez de la afiliación a la AFP DAVIVIR, buena fe,

inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica (fl. 96 a 104).

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al Decreto 2196 de 2009. Indicó que el traslado de régimen fue válido y generó efectos jurídicos, en todo caso, indicó que a **UGPP** no tuvo injerencia alguna en el traslado y que en el evento de ordenarse su retorno al RPM, es **COLPENSIONES** la llamada a la reactivación de la afiliación conforme el Decreto 2196 de 2009. Interpuso las excepciones de ausencia de responsabilidad de la UGPP, falta de legitimación en la causa por pasiva y que la parte actora debe asumir las diferencias que resulten entre las cotizaciones hechas al RAIS al trasladarse al RPM, buena fe, imposibilidad de ir en contra de los propios actos, prescripción y la innominada (fl. 121 a 138).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que no se cumplen los presupuestos para declarar nulo o ineficaz el traslado, siendo que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 opera solo contra conductas dolosas que atentan contra el derecho de afiliación, existe prueba documental de la voluntad libre e informada de afiliarse al RAIS, previa asesoría, la cual no fue tachada de falso, la restricción de traslado por edad le aplica a la demandante, quien no puede desconocer sus propios actos ni alegar el desconocimiento de la Ley a su favor. Interpuso las excepciones de buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación y la genérica (fl. 150 a 177).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 258 a 261, 43:28 cd fl. 257).

El 13 de julio de 2020, el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hiciera la demandante Doris Gilma Lemus González al régimen de ahorro individual que en su caso administra Protección S.A. para

tenerla como válidamente afiliada a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con todos sus frutos, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media.

CUARTO: ABSOLVER a la UGPP de todas las pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: *Envíese al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral - la presente decisión en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones. (...)*”

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si procede o no declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS.

Para resolver indicó que la H. CSJ ha establecido que la responsabilidad de los Fondos es profesional y que tienen a cargo el deber de información y asesoría, desde la etapa previa a la afiliación hasta la antesala del disfrute pensional, quienes asumen la carga de la prueba del cumplimiento diligente de brindar información suficiente sobre las características de cada régimen y las consecuencias del traslado, deber vigente desde la creación de las AFP y sin que el mero formulario de afiliación sea suficiente para acreditar que se cumplió tal obligación. Señaló que en el caso concreto, **PROTECCIÓN** no acreditó el cumplimiento diligente de dicho deber, siendo que las pruebas solo demuestran que hubo consentimiento pero no que el mismo fuera informado y en el interrogatorio de parte no existió confesión de que se hubiera suministrado una completa y adecuada asesoría. Declaró la ineficacia del traslado, ordenó su regreso a **COLPENSIONES** porque una vez se declaró la liquidación de CAJANAL se ordenó el traslado de sus afiliados al ISS con el Decreto 2196 de 2009, ya que la UGPP solo asumió la administración de la nómina de

pensionados. Ordenó a **PORVENIR** a retornar aportes, rendimientos y gastos de administración conforme la H. CSJ.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia. Indicó que se acreditó que la demandante sí recibió información suficiente cuando efectuó su traslado de régimen, así mismo, que la ineficacia no se puede equiparar a una sanción que obligue a devolver los gastos de administración, porque no hay ninguna norma que disponga ello, por tanto, si se desea aplicar las restituciones mutuas la demandante deberá retornar los rendimientos so pena de que se genere un enriquecimiento sin justa causa, siendo que los gastos de administración al no financiar la pensión sí son prescriptibles (44:54 cd fl. 257).

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Indicó que la afiliación al RAIS generó obligaciones a amabas partes, sin que la demandante cumpliera sus obligaciones como consumidor financiero de informarse sobre los productos que elije, así mismo, no acudió al extinto ISS a gestionar su retornó al RPM pese que se le informó en 1999 con 10 años de antelación sobre la liquidación de CAJANAL, de otra parte, permitir su retornó al RPM atenta contra los principios de relatividad de los negocios jurídicos y sostenibilidad financiera del RPM (48:35 cd fl. 257).

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 la sentencia conforme el precedente jurisprudencial de la H. CSJ aplicable al caso. Por su parte, el apoderado principal de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia de primera instancia, ya que no se acreditó vicio del consentimiento ni causal de nulidad, no aplica el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no se demostró causal de ineficacia conforme el artículo 899 CCO y por el

contrario se acreditó la voluntad de permanencia en el RAIS con el formulario de afiliación y los años de permanencia, no se pueden imponer cargas no vigentes a la fecha de traslado, de forma subsidiaria, solicitó aplicar el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 para determinar los valores que deben ser devueltos por la AFP y el artículo 1746 CC ordena la devolución de los gastos de administración solo cuando se acredita mala fe, lo cual no ocurrió, por ende, no procede la devolución de gastos de administración y primas de seguro, porque no pertenecen al afiliado y no financian su pensión, además que se desfinanciaría el sistema permitiendo el retorno al RPM. El apoderado sustituto de la demandada **UGPP** solicitó confirmar la sentencia, alegando la falta de legitimación en la causa por pasiva sobre el objeto de litis, por cuanto indicó que no tiene competencia para fungir como administradora del RPM. Agotado el término, las demandadas **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES** se abstuvieron de presentar 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 inferirse 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 dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a la AFP DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.**,

cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **DORIS GILMA LEMUS GONZÁLEZ** nació el 26 de noviembre de 1958 (fl. 23); **ii)** la demandante estuvo afiliado al RPM a través de la extinta CAJANAL del 05 de abril de 1979 al 25 de agosto de 1999 (fl. 47 a 49); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a la AFP DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 26 de agosto de 1999 (fl. 45), el cual se hizo efectivo el 1° de noviembre de 1999 (fl.105); **iv)** la demandante se trasladó a **PORVENIR S.A.** el 11 de agosto de 2000 (fl. 179), el cual se hizo efectivo el 1° de octubre de 2000 (fl. 178), AFP a donde permanece vinculada.

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

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 AFP, 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 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.

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 y SL1421 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 indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, condenó a **PORVENIR S.A.** a devolver los saldos de la CAIP, con sus frutos, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración hacia **COLPENSIONES**, a quien ordenó a reactivar la afiliación en el RPM, absolvió a la **UGPP** de todas las pretensiones y no condenó en costas.

El apoderado de la demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que la demandante sí recibió suficiente información cuando efectuó el traslado de régimen pensional, así mismo, que la ineficacia no es una sanción que conlleve a la devolución de los gastos de administración, por lo cual, si se requieren ello como restitución mutua, la demandante deberá devolver los rendimientos, siendo que los gastos de administración son prescriptibles.

Por su parte, la apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que el traslado generó obligaciones a ambas partes, sin que la demandante cumpliera sus obligaciones como consumidor financiero, así mismo, que nunca acudió al ISS a gestionar su retorno al RPM a pesar de la antelación con la que se le informó la liquidación de CAJANAL y que permitir dicho retorno atenta contra los principios de relatividad de los negocios jurídicos y sostenibilidad financiera del RPM.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar 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 y SL3464 de 2019.

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 la sentencia SL1689 de 2019, 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.

En el presente asunto, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a la AFP DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** efectuada el 26 de agosto de 1999 (fl. 45), la demandante hubiera recibido 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 puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, maxime cuando era beneficiaria del régimen de transición por edad, por tanto,

se infiere razonablemente que las AFP no demostraron que cumplieron dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

No desconoce esta Sala que la demandante, en su interrogatorio, hizo referencia a ciertas características del RAIS como los aportes voluntarios, sin embargo, ello no demuestra el cumplimiento diligente de las AFP de su deber de asesoría e información.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta y que a su vez fue objeto del recurso de apelación, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, según el tiempo de vinculación del demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

De otra parte, se declarará 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 lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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 **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 los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados y por el tiempo de vinculación de la demandante, los cuales deben asumir 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: ADICIONAR el numeral séptimo a 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**, los gastos de administración, debidamente indexados y por el tiempo de vinculación de la demandante, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

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 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, conforme la parte considerativa de esta providencia.

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

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0188-2020

Radicado N° 08 2019 00300 01

Bogotá once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 15 de julio de 2020, por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del actor y en consecuencia, condenó a **PORVENIR S.A.** a trasladar todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación del demandante, a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliado del RPM al demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JUAN MANUEL CARRASQUILLA VALBUENA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, COLFONDOS

PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., 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 y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliado al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 17 de enero de 1965, que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 16 de enero de 1992 hasta el 30 de noviembre de 1997 para un total de 242.57 semanas; que en enero de 1998, se trasladó al RAIS administrado por PROTECCIÓN, que no recibió de esta entidad información sobre las implicaciones y consecuencias positivas y negativas del traslado; que en agosto de 1999, se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR; que en noviembre de 2002, se trasladó a la AFP COLFONDOS; que en agosto de 2008, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL y en mayo de 2009 se trasladó a la AFP PORVENIR. Informa que las anteriores administradoras no le dieron ningún tipo de asesoría sobre su permanencia en el RAIS ni las implicaciones que esto tendría para su derecho pensional. Afirma que el 17 de septiembre de 2018, solicitó a PORVENIR la nulidad de traslado de régimen pensional, misma solicitud que elevó el 18 de septiembre de 2018 a PROTECCIÓN, 19 de septiembre de 2018 a COLFONDOS y 26 de diciembre de 2018 a OLD MUTUAL, todas estas solicitudes fueron resueltas de manera desfavorable; que el 18 de septiembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES su vinculación al RPM y ésta también fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, afiliación al ISS y solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 180 a 186).

La **AFP OLD MUTUAL S.A.**, manifestó que no se opone ni se allana a las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, traslado de régimen y solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de pago y la genérica (fls. 192 a 198).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, traslado de régimen y solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. 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 del sistema general de pensiones (fls. 215 a 233).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación a dicho fondo y frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las 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 de la actora a Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago (fls. 257 a 276).

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, traslado de régimen y solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. 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 (fls. 311 a 337).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 15 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS

del actor y en consecuencia, condenó a PORVENIR a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliado del RPM al demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional del señor JUAN MANUEL CARRASQUILLA VALBUENA realizado al RAIS acaecido el 1° de diciembre de 1997 mediante su afiliación a PORTECCIÓN. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional del señor JUAN MANUEL CARRASQUILLA VALBUENA. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del señor JUAN MANUEL CARRASQUILLA VALBUENA tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado. **CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante efectuando los ajustes en la historia pensional del actor. **QUINTO: SIN CONDENA** en costas en esta instancia ante su no causación. **SEXTO:** Como quiera que la presente decisión resulta adversa a COLPENSIONES se remitirán las diligencias 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 del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que en el presente asunto, las AFP demandadas tenían la carga de probar el cumplimiento al deber de información, lo cual no ocurrió, pues no se aportó prueba alguna al efecto. Concluyó que en consonancia con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos procede la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada PORVENIR interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Fundamentó su recurso en que el demandante ratificó en varias oportunidades su voluntad de pertenecer y permanecer en el RAIS en cuanto realizó varios traslados entre AFP, que además cumplió con el deber de asesoría en cuanto citó en algunas oportunidades al demandante para que recibiera información referente a la permanencia en este régimen, que además el deber de asesoría documentada no existía para la fecha en que se efectuó el traslado, que debe estudiarse la situación concreta en cada caso y no deducir por regla general que el traslado es ineficaz, pues en este caso al demandante se le informó que podría retornar al RPM. Sobre los gastos de administración dice que no es procedente su devolución, pues éstos se realizan por mandato legal y corresponden a la labor de administración de la cuenta del actor y su devolución representaría un enriquecimiento sin causa a favor del demandante.

El apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación. Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia con fundamento en que no es procedente declarar la ineficacia en cuanto imponer a las AFP allegar pruebas al proceso que acrediten el cumplimiento del deber de información es de imposible cumplimiento, pues para la época no existía la obligación legal de documentar el tipo de asesoría que se brindaba y el único documento que se exigía era la firma del formulario, que de lo manifestado por el actor en el interrogatorio de parte se advierte que conoce a grandes rasgos cómo funciona el RAIS y convalidó su intención de permanecer en éste con los traslados entre AFP que realizó. Dice además que las condiciones y requisitos pensionales en cada uno de los regímenes pensionales están claramente definidos en la ley y por ello no puede entenderse que formen parte del deber de información que se le impone a las AFP.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia, con fundamento en que no se acreditó la existencia de vicios en el consentimiento para que opere la nulidad alegada, que además el actor no es beneficiario del régimen de transición y por ello no es procedente su regreso al RPM.

La apoderada de la AFP OLD MUTUAL presentó alegaciones y al efecto solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración, pues éstos se realizan por mandato legal y por la administración de dineros realizado por la AFP durante el tiempo que el actor estuvo afiliado al fondo.

El apoderado de la AFP PORVENIR presentó alegatos. Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte la apoderada de la parte demandante, presentó alegaciones. Solicita que se confirme la decisión de primera instancia con fundamento en que se dan los lineamientos establecidos por la jurisprudencia para que se decrete la ineficacia del traslado de régimen pensional en segunda 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 COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado pensional del 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.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 17 de enero de 1965 (fl. 38); **ii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 16 de enero de 1992 hasta el 30 de noviembre de 1997 (fl. 39); **iii)** que el 1° de diciembre de 1997 se trasladó al RAIS administrado por PROTECCIÓN (fl. 47); **iv)** que el 26 de julio de 1999 se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR (fl. 48); **v)** que el 20 de noviembre de 2002 se trasladó a COLFONDOS (fl. 49); **vi)** que el 22 de marzo de 2007 se trasladó a la AFP BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 50); **vii)** que el 27 de junio de 2008 se trasladó a la AFP OLD MUTUAL (fl. 51); **viii)** que el 27 de mayo de 2009 se trasladó a la AFP BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 52); **ix)** que el 18 de septiembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM (fls. 65 a 67).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección 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. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, 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.

Concomitante con lo anterior, el 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 en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, 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 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.

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 consecuencia 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.

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.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor JUAN MANUEL CARRASQUILLA VALBUENA se trasladó a la AFP PROTECCIÓN el 1° de diciembre de 1997, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy 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. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por el demandante (CD. 2 min. 21:47), en cuanto solo informó que cuando trabajaba en Cooservicios acudieron varios asesores de Protección a la empresa y de manera individual le ofrecieron cambiarse de régimen, le dijeron que el ISS se iba acabar y su pensión no era segura en dicha entidad y que tendría mejores condiciones en el fondo privado, pero no le dieron información detallada ni concreta sobre las implicaciones del

traslado. Si bien el apoderado de la AFP PORVENIR aduce en el recurso que en varias ocasiones citó al actor para brindarle asesoría sobre su permanencia en el RAIS y le informó que antes de los 52 años podía regresar al RAIS, lo cierto es que en el expediente no obra prueba de ello, al efecto solo se aportaron oficios del 7 de diciembre de 2015 y 25 de enero de 2016 dirigidos al actor (fls. 347 y 348), pero no existe constancia ni prueba de la forma en que se envió o se dio a conocer dicha documental al demandante y por ello no puede ser tenida en cuenta.

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 del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PORVENIR S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará 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 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 los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, 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 juez de primera instancia así lo definió se confirmará la sentencia en este punto.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP COLFONDOS, PROTECCIÓN y OLD MUTUAL deberán asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado en estos Fondos y en este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia.

Sobre la obligación aquí definida a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para dar cumplimiento a la obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, 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 disponer que COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., la AFP PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. deberán asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado en dichos fondos.

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 la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0182-2020

Radicado N° 11-2018-00450-01

Bogotá, once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación del demandante **CAMILO ALEJANDRO NIVIA GUEVARA**, en contra de la sentencia proferida el 06 de diciembre de 2019, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probadas las excepciones de las demandadas y absolvió de todas las pretensiones incoadas y condenó en costas al demandante (fl. 242 a 243, 21:55 cd fl. 241).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 04 a 22).**

CAMILO ALEJANDRO NIVIA GUEVARA solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.**, en consecuencia, ordenar a **PORVENIR S.A.** trasladar los dineros de la CAIP del demandante y a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación al RPM y actualizar su historia laboral sin solución de continuidad, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos indicó que nació el 13 de septiembre de 1961; que se afilió al RPM desde el 12 de julio de 1994 a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES**; que el 1° de septiembre de 1995 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.**, el cual es nulo porque no trascurrieron los 3 años exigidos en el literal e) de la Ley 100 de 1993 en su redacción original; así mismo, se trasladó a **PORVENIR S.A.**, sin que dichas AFP brindara información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Afirmó que **PORVENIR S.A.** Realizó proyección pensional indicando que su mesada en el RAIS sería de \$1.171.100, siendo que en el RPM sería de \$3.997.675, por lo cual presentó el 10 de julio de 2018 derechos de petición ante las demandadas solicitando la nulidad de su traslado de régimen.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

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 y que se trasladó del RPM al RAIS de la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** Y que presentó solicitud de nulidad del mismo. Indicó que brindó una asesoría completa, amplia y suficiente sobre las características del RAIS y sus diferencias con el RPM, explicando las implicaciones del traslado, tras lo cual tomo la decisión libre e informada de afiliarse a la AFP, de lo cual dejó prueba escrita en el formulario de afiliación, así mismo, mediante Comité de Multiafiliación se determinó que su afiliación valida es al RAIS, siendo válido dicho traslado por cuanto no se allegó prueba de causal de nulidad, sin que se pueda aplicar de forma retroactiva las normas que exigen documentar la asesoría y sin que proceda la inversión de la carga de la prueba porque no tenía régimen de transición ni un derecho causado al momento del traslado. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado a **PORVENIR S.A.**, aprovechamiento indebido de recursos públicos del SGP y la genérica (fl. 111 a 127).

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 demandante y que presentó solicitud de nulidad del traslado. Indicó que el traslado de la demandante obedeció a una decisión informada y consciente, dejando constancia escrita de ello en su formulario de afiliación, la cual se efectuó obedeciendo las disposiciones legales y previa explicación de las características del RAIS, sin que sea válido exigir los actuales parámetros de documentación de dicha asesoría a un periodo anterior a la expedición de las normas que los consagraron, sin que se acredite ninguna causal de nulidad, sin que proceda la inversión de la carga de la prueba ya que la demandante debe demostrar la mala fe de la AFP y no puede alegar su propio error a su favor y sin que sea procedente aplicar el precedente jurisprudencial. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica (fl. 149 a 156).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, que estuvo afiliado al RPM y que presentó solicitud de nulidad del traslado. Indicó que la demandante no allegó prueba de ninguna causal de nulidad ni de inconformidad alguna, siendo que está acreditado que su afiliación fue libre y voluntaria, no cumple los requisitos para su retorno al RPM en cualquier tiempo, está incurso en la restricción de traslado por edad, sin que sea aplicable el precedente jurisprudencial de la H. CSJ porque no tenía expectativa legítima o derecho causado al momento de su traslado que hubiera resultado lesionado. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, caducidad, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, improcedencia al pago de costas a instituciones de la seguridad social públicas y la genérica (fl. 185 a 206).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 242 a 243, 21:55 cd fl. 241).

El de diciembre de 2019, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(...) PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor CAMILO ALEJANDRO NIVIA GUEVARA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR probados los hechos sustento de las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir propuesta por AFP PROTECCIÓN S.A., las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de causal de nulidad propuestas por COLPENSIONES y la de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas por PORVENIR S.A.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Líquidense por Secretaría incluyendo en ellas la suma de 1 smlmv como agencias en derecho de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: CONSULTAR esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el evento de no ser apelada. (...)”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico Determinar si le asiste derecho al demandante a declarar la invalidez de su traslado al RAIS por falta de información y del subsecuente traslado al RPM administrado por **COLPENSIONES** y el subsecuente traslado de todos los aportes y demás pretensiones.

Para resolver indicó que Indicó que los artículos 1508, 1509, 1740 CC establecen que la nulidad del traslado requiere que se acredite vicio del consentimiento y que el error de derecho no vicia el consentimiento, así mismo, que los vicios del consentimiento generan nulidad relativa, la cual puede ser saneada por las partes. Por su parte, indicó que los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 consagraron que la falta de libertad genera ineficacia de la afiliación, así mismo, la H CSJ ha establecido que las AFP tiene la obligación de

brindar información de las características de cada régimen y las consecuencias del traslado. Afirmó que según el formulario de afiliación a COLMENA, conforme la manifestación plasmada en el formulario de afiliación, fue libre y voluntaria y sin presiones, cumpliendo las formalidades para su validez, sin que exista prueba de que el consentimiento estuvo afectado o viciado de nulidad, siendo que el error en un punto de derecho no vicia el consentimiento y no se allegó prueba de vicio en el consentimiento o dolo de la AFP, siendo que al momento del traslado le faltaban más de 29 años para alcanzar la edad de pensión, solo tenía 42 semanas cotizadas y no demostró un perjuicio irremediable, siendo que exigir una proyección al Fondo es exigir lo imposible, además, se trasladó a otras AFP, lo que da certeza de su voluntad de mantenerse en el RAIS y quien aceptó que si leyó los formularios, siendo que no se evidencian consecuencias no beneficiosas que no le hubieran sido informadas porque apenas estaba construyendo su futuro pensional, por lo cual declaró propuestas las excepciones y absolvió a las demandadas

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El demandante **CAMILO ALEJANDRO NIVIA GUEVARA** solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que se acreditó que el demandante se afilió al extinto ISS y se trasladó al RAIS sin cumplir el término mínimo de permanencia de 3 años exigida por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, así mismo, que el traslado no estuvo precedido de la suficiente información, por tanto, conforme el precedente jurisprudencial de la H. CSJ, son las AFP las que deben acreditar el cumplimiento diligente del deber de información y asesoría y que el formulario por sí solo no acredita ello, obligación que es exigible independientemente de que si se tiene o no régimen de transición o un derecho consolidado y que los traslados entre AFP no convalidan dicha omisión (23:08 cd fl. 241).

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 acceder al recurso de apelación, por cuanto indicó que las AFP

demandadas no acreditaron el cumplimiento diligente de su deber de información y buen consejo, conforme el precedente jurisprudencial. De otra parte, el apoderado principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder al Dr. Samuel Eduardo Meza Moreno, identificado con CC 1.098.719.007 y T.P. 268.676 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha demandada, quien solicitó ser absuelta de todas las pretensiones en su contra, por cuanto afirmó que su traslado fue válido y se realizó conforme los lineamientos legales y permitir su retorno al RPM afecta la sostenibilidad fiscal del sistema. De otra parte, la demandada **PROTECCIÓN S.A.** otorgó poder a la Dra. Olga Bibiana Hernández Téllez, identificada con C.C. 52.532.969 y T.P. 228.020 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada principal de dicha demandada, quien indicó que la afiliación del demandante fue libre y voluntaria, quien decidió no retornar al RPM ni utilizó el derecho de retracto, así mismo, incumplió su obligación como consumidor financiero de estudiar los productos que adquiere, en todo caso, indicó que no procede la condena a la devolución de gastos de administración y pólizas provisionales, por cuanto indicó que son descuentos autorizados legalmente, opera en ambos regímenes y son la retribución por la gestión profesional del fondo que generó rendimientos mayores al valor de los aportes, por lo que ordenar su devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa, siendo que el artículo 1746 CC permite conservar los gastos cuando los bienes generaron frutos y no hubo mala fe, por tanto, solo procede retornar los aportes y rendimientos conforme concepto del 17 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia y no se pueden extender a terceros los efectos de la ineficacia y son además prescriptibles. Finalmente, el apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó confirmar la sentencia, ante la falta de prueba de vicios en el consentimiento, la imposibilidad de aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no se demostró causal de ineficacia conforme el artículo 899 CCO y sí se acreditó la voluntad de permanencia en el RAIS con el formulario de afiliación y los años de permanencia, no se pueden imponer cargas no vigentes a la fecha de traslado, de forma subsidiaria, solicitó aplicar el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 para determinar los valores que deben ser devueltos por la AFP y el artículo

1746 CC ordena la devolución de los gastos de administración solo cuando se acredita mala fe, lo cual no ocurrió, por ende, no procede la devolución de gastos de administración y primas de seguro, porque no pertenecen al afiliado y no financian su pensión, además que se desfinanciaría el sistema permitiendo el retorno al RPM.

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 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el demandante **CAMILO ALEJANDRO NIVIA GUEVARA** nació el 13 de septiembre de 1961 (fl. 34); **ii)** el demandante estuvo afiliado al extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 12 de julio de 1994 al 31 de mayo de 1995, acumulando 42,14 semanas conforme su historia laboral (cd fl. 247); **iii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 1° de septiembre de 1995 (fl. 131 y 132), el cual se hizo efectivo desde el 1° de octubre de 1995 (fl. 133); **iv)** el demandante se trasladó a **PORVENIR S.A.** el 17 de diciembre de 2001 (fl. 158), el cual se hizo efectivo desde el 1° de febrero de 2002 (fl. 159), AFP a donde permanece vinculado y en donde acumuló 1.062 semanas cotizadas a enero de 2018 (fl. 38).

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

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 AFP, 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 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.

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 y SL1421 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 consecuencia de la decisión. También indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró probada las excepciones propuestas por las demandadas y absolvió de todas las pretensiones, condenando en costas al demandante.

El apoderado del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que no se cumplió el término mínimo de permanencia exigido para un traslado de régimen pensional válido, así mismo, indicó que dicho traslado no estuvo precedido de la suficiente asesoría e información, obligación que es exigible independientemente de que no tuviera régimen de transición, cuyo cumplimiento no acreditaron las AFP y sin que los traslados de AFP convaliden dicha omisión.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante indicar 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 y SL3464 de 2019.

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 la sentencia SL1689 de 2019, 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.

En el presente asunto, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** efectuada el 1° de septiembre de 1995 (fl. 131

y 132) y su posterior traslado a **PORVENIR S.A.**, el demandante hubiera recibido 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 puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que las AFP no demostraron el cumplimiento diligente de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Ahora bien, que al momento del traslado el demandante contaba con una baja densidad de semanas cotizadas al RPM, sin embargo, tal circunstancia no excusa el cumplimiento de los deberes de información y asesoría a cargo de las AFP, quienes asumen la carga de la prueba del cumplimiento diligente de este, siendo que en el caso concreto las AFP demandadas no lograron acreditar que suministraron la información suficiente para que el demandante comparara de forma integral y completa las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro, ya sea al momento del traslado o en oportunidades posteriores.

Así las cosas, esta Sala revocará la decisión en primera instancia y en su lugar declarará la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante hacia **COLPENSIONES**.

Respecto de los gastos de administración y comisiones, debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que

dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

De otra parte, se declarará 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 lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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, por cuanto se declara la ineficacia del traslado debido a que dichos Fondos no acreditaron el cumplimiento diligente del deber de información con la 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: REVOCAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado del RAIS al RPM y de los subsecuentes traslados de AFP que realizó el demandante **CAMILO ALEJANDRO NIVIA GUEVARA**, 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 los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados y por el tiempo de vinculación del demandante, los cuales deben asumir 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.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, los gastos de administración, debidamente indexados y por el tiempo de vinculación del demandante, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

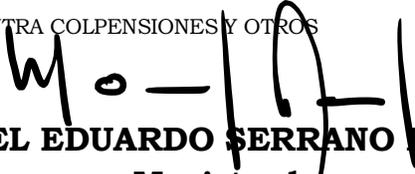
CUARTO: DECLARAR que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: costas de primera instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0183-2020

Radicado N° 13-2019-00594-01

Bogotá, once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2020, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS y condenó a **SKANDÍA S.A.** devolver los aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones a **COLPENSIONES** y a esta última a recibir dicho pago y a reactivar la afiliación y actualizar la historia laboral y condenó en costas a la AFP demandada (fl. 140 a 141, 30:55 cd fl. 139).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 02 a 11).**

MARÍA CLAUDIA URREGO MELÉNDEZ solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP PENSIONAR hoy **SKANDIA S.A.**, en consecuencia, declarar que su

afiliación válida lo es al RPM y condenar a la AFP a trasladar los saldos de la CAIP y a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 21 de julio de 1962; que se afilió al RPM desde el 14 de marzo de 1983 a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES**; que el 25 de febrero de 1997, se trasladó mediante afiliación a la AFP PENSIONAR hoy OLD MUTUAL, sin que dicha AFP brindara información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Afirmó que en 2018 la AFP realizó una proyección pensional indicando que su mesada sería de \$2.668.237, mientras que en el RPM sería de \$3.920.778. Señaló que el 21 de febrero de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** reactivar su afiliación al RPM, quien rechazó la solicitud, así mismo, que el 26 de febrero de 2019 solicitó a la AFP anular su afiliación, petición que fue negada.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, su traslado hacia el RAIS y que negó su solicitud de retorno al RPM. Indicó que carece de competencia para declarar nulo el traslado del RPM al RAIS, sin embargo, señaló que la demandante no puede retornar por la restricción por edad. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, caducidad, buena fe y declaratoria de otras excepciones (fl. 60 a 64, 127 a 134).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad y afiliación de la demandante a la AFP y que negó su solicitud de anulación de ésta. Manifestó que previo a la afiliación de la demandante se evaluaron sus condiciones preexistentes, explicando las características, bondades y limitaciones del RAIS, sin que la ausencia de proyección afecte la afiliación por cuanto no era exigible para ese momento, tras lo cual decidió afiliarse libremente a la AFP,

cumpliendo todas las exigencias legales y sin que pudiera rechazar la solicitud conforme el artículo 5 del Decreto 692 de 1994, sin que se acredite ninguna omisión en el deber de información. Interpuso las excepciones de buena fe, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la genérica (fl. 73 a 84, 135).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 140 a 141, 30:55 cd fl. 139).

El 17 de septiembre de 2020, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(...) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere la demandante María Claudia Urrego Meléndez, a través de la AFP Pensionar hoy Skandía Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. el 25 de febrero de 1997, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA S.A., a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como afiliado a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar su historia laboral, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, conforme se indicó en la parte considerativa de este fallo.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada SKANDÍA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Inclúyanse como agencias en derecho en esta instancia, el equivalente a 1 SMLMV.

SEXTO: Por otro lado, apélese o no esta decisión, por haber sido condena COLPENSIONES y fungir la Nación como garante, remítase el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D.C., para que conozca el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad. (...)”

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y en caso afirmativo establecer las consecuencias que ello implica.

Para resolver indicó que el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establecen la libertad de selección de régimen pensional, a su vez, la H. CSJ ha establecido que dicha libertad solo es posible cuando se brinda de forma previa la información sobre las características, ventajas y desventajas de los regímenes y el alcance y pormenores que en el caso particular genera el traslado, responsabilidad que deben cumplir bajo los parámetros y diligencia propios de un profesional, lo que genera el traslado de la carga de la prueba. En el caso concreto, indicó que la AFP demandada no demostró el cumplimiento del deber de información y asesoría, por cuanto el solo formulario no demuestra tal deber, siendo que el perfil profesional de la demandante no permite entrever un conocimiento del sistema pensional y sin que exista confesión alguna en tal sentido, por lo que al no demostrarse siquiera que se informaron las características generales del RAIS, por tanto, declaró ineficaz el traslado del RAIS y ordenó devolver los saldos de la CAIP y los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos conforme la posición de la H. CSJ.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** solicitó revocar la sentencia. Indicó que la demandante no demostró ningún vicio del consentimiento que invalide el acto de la afiliación, quien además demostró un conocimiento sobre las características del RAIS, así mismo, los gastos de administración fueron utilizados conforme la Ley y **COLPENSIONES** no acreditó el cumplimiento de su deber de información conforme los artículos 9 y 10 del Decreto 1888 de 1994 (32:49 cd fl. 139).

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 **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto la AFP demandada no acreditó el cumplimiento diligente del deber de información y asesoría en los términos exigidos por la jurisprudencia de la H. CSJ. Por su

parte, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S.J., quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó absolver a la Entidad, por cuanto los medios de prueba documental acreditar que el traslado de régimen fue libre y voluntario y que recibió información clara y precisa sobre los efectos jurídicos del mismo, ya que no se demostró vicio del consentimiento y no desvirtuó la presunción de buena fe del fondo y permitir su retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera del sistema. A su vez, la demandada **SKANDIA S.A.**, a través de la Dra. Daniela García Campos, identificada con C.C. 1.019.096.074 y T.P. 325.666 del C.S.J., a quien se le reconoce como apoderada principal de la demandada en su calidad de Representante Legal Suplente para Asuntos Judiciales, quien solicitó revisar la condena de los conceptos a devolver a **COLPENSIONES**, por cuanto ninguna de las demandadas interpuso el recurso de apelación, por tanto, solicitó aplicar el principio de *no reformatio in pejus*, sin que proceda la condena a devolver gastos de administración o seguros provisionales, por cuanto conforme las normas legales, el 3% de la cotización en ambos regímenes se destina a cubrir gastos de administración y seguros provisionales, los que retribuyen las gestiones del Fondo para administrar los aportes y garantizar su rentabilidad, AFP que actuó de buena fe por lo que solo debe recibir los frutos conforme el artículo 964 CC.

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 inferirse 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 CPT y de la SS, 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 dispone el

artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a la AFP PENSIONAR hoy **SKANDIA S.A.**, cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **MARÍA CLAUDIA URREGO MELÉNDEZ** nació el 21 de julio de 1962 (fl. 13); **ii)** la demandante estuvo afiliada al extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 14 de marzo de 1983 al 28 de febrero de 1997, acumulando 644,29 semanas conforme su historia laboral (cd fl. 68); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a la AFP PENSIONAR hoy **SKANDIA S.A.** el 25 de febrero de 1997 (fl. 85), el cual se hizo efectivo desde el 1° de marzo de 1997 (fl. 88), AFP a donde permanece vinculada.

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

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993, *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 AFP, 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 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.

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 y SL1421 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 consecuencia de la decisión. También indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS y condenó a **SKANDÍA S.A.** devolver los aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones a **COLPENSIONES** y a esta última a recibir dichos pagos y a reactivar la afiliación y actualizar la historia laboral y condenó en costas a la AFP demandada.

La apoderada de la demandada **SKANDIA S.A.** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que la demandante no acreditó ningún vicio del consentimiento que invalide la afiliación, quien además demostró conocimiento sobre el RAIS, así mismo, que los gastos de administración se usaron conforme Ley y que **COLPENSIONES** no acreditó el cumplimiento del deber de información.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar 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 y SL3464 de 2019.

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 la sentencia SL1689 de 2019, 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.

En el presente asunto, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a la AFP PENSIONAR hoy **SKANDIA S.A.** efectuada el 25 de febrero de 1997 (fl. 85), la demandante hubiera recibido 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 puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante al

RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **SKANDIA S.A.** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta y que a su vez fue objeto del recurso de apelación, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **SKANDIA S.A.**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

De otra parte, se declarará 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 lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019, 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: 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 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, conforme la parte considerativa de esta providencia.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0189-2020

Radicado N° 15 2018 00619 01

Bogotá once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta concedido a **COLPENSIONES** sobre la sentencia proferida el 13 de julio de 2020, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del actor y en consecuencia, condenó a **PORVENIR S.A.** a trasladar todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación del demandante, a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliado del RPM al demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

RICARDO ARIAS GUZMAN, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, 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 y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliado al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 19 de octubre de 1959; que inició su vida laboral en abril de 1986, con el empleador ESE Hospital Santa Teresa; que en ese momento se afilio al RPM administrador por Cajanal; que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1° de junio de 1995 hasta el 31 de marzo de 1997, para un total de 86.29 semanas; que el 8 de abril de 1999, se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR; que no recibió de esta entidad información sobre las implicaciones y consecuencias positivas y negativas del traslado, ni fue informado que tendría la posibilidad de retornar al RPM antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad de pensión. Afirma que el 14 de noviembre de 2017 PORVENIR le realizó una proyección de su mesada pensional indicándole que le correspondería una mesada de \$737.717 a los 64 años y en el RPM le correspondería una mesada de \$3.426.559 a la edad de 62 años; que el 1° de noviembre de 2017, suscribió formulario de afiliación a COLPENSIONES pero dicha entidad negó su afiliación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, y traslado de régimen, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 72 a 80).

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, afiliación al ISS y solicitud presentada, frente a los demás

manifestó que no le constan. Como excepción previa propuso la de falta de integración de litisconsorcio necesario con CAJANAL hoy UGPP. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación (fls. 107 a 114).

Durante la audiencia celebrada el 25 de julio de 2019 el Juez ordenó la vinculación al proceso de la UGPP en calidad de litisconsorte necesario en virtud de la excepción previa propuesta por COLPENSIONES (fl. 135).

La **UGGP** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan. Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido, prescripción, imposibilidad de condena en costas y no pago de intereses moratorios (fls. 107 a 114).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 13 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del actor y en consecuencia, condenó a PORVENIR a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliado del RPM al demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación efectuada por el demandante señor RUCARDO ARIAS GUZMAN identificado con CC. N° 19.377.279 del RPM al RAIS a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., llevada a cabo el día 8 de abril de 1999 y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a este Fondo PORVENIR S.A. trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual al RPM a través de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a esta administradora que proceda a reactivar la afiliación del señor demandante, reciba dichos recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas al Sistema General de

*Pensiones RPM, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la parte demandada UGPP de cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción y **DECLARAR** frente a ésta, demostrada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, conforme lo expuesto en la parte motiva. **TERCERO: NO CONDENAR** en costas ni a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme lo expuesto en la parte motiva. **CUARTO:** Si la presente providencia no fuera apelada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES se remitirá 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 del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que en el presente asunto, la AFP demandada tenía la carga de probar el cumplimiento al deber de información, lo cual no ocurrió, pues no se aportó prueba alguna al efecto. Concluyó que en consonancia con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos procede la ineficacia del traslado. Definió que si bien el actor efectuó cotizaciones en el pasado al extinto Cajanal hoy UGGP, lo cierto es que de acuerdo a lo definido en la Ley 1151 de 2007 que la creó, se estableció que ésta no es una entidad administradora del RPM y que la administradora sería COLPENSIONES, luego se entiende que la afiliación del actor en el RPM corresponde a COLPENSIONES.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada PORVENIR interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Fundamentó su recurso en que el demandante no se dan los presupuesto definidos en el artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 para ordenar el traslado de régimen, que además no se probó la existencia de vicio alguno en el consentimiento que prestó el actor para suscribir el traslado y que de todas formas para el momento en que se realizó el traslado de régimen no existía la obligación legal de documentar la asesoría brindada, sobre este punto agrega que el

formulario de traslado contiene la manifestación de voluntad del actor y en él también acepta haber recibido la información necesaria y pertinente sobre el traslado de régimen.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia, con fundamento en que no se acreditó la existencia de vicios en el consentimiento para que opere la nulidad alegada y además que el demandante está inmerso dentro de una prohibición legal para regresar al RPM.

El apoderado de la AFP PORVENIR presentó alegatos. Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la UGPP presentó alegaciones. Solicita que se confirme la decisión que se absolvió a su representada en cuanto no tiene legitimación para resolver o definir situaciones relacionadas con el derecho pensional del actor.

Por su parte el apoderado de la parte demandante, presentó alegaciones. Solicita que se confirme la decisión de primera instancia con fundamento en que se dan los lineamientos establecidos por la jurisprudencia para que se decrete la ineficacia del traslado de régimen pensional en segunda instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Teniendo en cuenta 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 ello, procede el grado jurisdiccional de consulta

conforme el artículo 69 CPT y de la SS, 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 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 COLPENSIONES.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado pensional 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.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 19 de octubre de 1959 (fl. 28); **ii)** que realizó aportes a Cajanal desde el año 1986 a través de su empleador ESE Hospital Santa Teresa (fl. 46); **iii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1° de junio de 1995 hasta el 31 de marzo de 1997 para un total de 86.29 semanas (fl. 43); **iv)** que el 8 de abril de 1999 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR (fl. 82); **v)** que el 1° de noviembre de 2017 solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM (fls. 36 y 37).

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

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección 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. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, 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.

Concomitante con lo anterior, el 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 en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, 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 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.

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 consecuencia 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.

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.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor RICARDO ARIAS GUZMAN se trasladó a la AFP PORVENIR el 8 de abril de 1999, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy 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. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por el demandante (CD. 3 min. 23:02) y por el representante legal de la AFP demandada (CD. 3 min. 18:36), pues por una parte el Representante de la entidad solo manifestó que para el momento del traslado del actor no existía obligación de documentar la asesoría, que al actor se le realizó una proyección pensional en el año 2018 y que a través de medios masivos de comunicación informaron a sus afiliados la posibilidad de regresar al RPM, y por otra parte, el demandante afirmó que no le dieron información detallada sobre las implicaciones del traslado y solo le dijeron de manera general que el ISS se iba acabar.

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 del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PORVENIR S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración

a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará 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 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 los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, 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).

Dado que la juez de primera instancia no definió la devolución de los gastos de administración, para mejor proveer la Sala adicionará el numeral primero de la sentencia y definirá la condena como corresponde.

Sobre la obligación aquí definida a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para dar cumplimiento a la obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, 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 PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo los rendimientos generados por éstos en dicho Fondo y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración debidamente indexados los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos.

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 la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0180-2020

Radicado N° 17-2018-00567-01

Bogotá, once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandante **ESTHER ESCOBAR GARCÍA**, en contra de la sentencia proferida el 31 de enero de 2020, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, falta de causa para pedir e inexistencia de causal de nulidad y que el traslado del RPM al RAIS de la demandante fue válido, absolvió de las pretensiones y condenó en costas a la demandante (fl. 154 a155, 26:27 cd fl. 139).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 03 a 10).**

ESTHER ESCOBAR GARCÍA solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** y de su posterior traslado a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, en consecuencia, retrotraer las cosas a su estado anterior y ordenar a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 07 de octubre de 1956; que el 13 de marzo de 1995 se trasladó mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** y posteriormente se afilió a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, sin que dichas AFP brindaran información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Afirmó que no se cumplió con el tiempo mínimo de permanencia de 3 años antes del traslado de régimen pensional, que a la fecha de entrada del Sistema General de Pensiones contaba con más de 35 años y con más de 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005 y que al 31 de octubre de 2017 acumula 1.479 semanas. Señaló que la AFP efectuó proyección pensional en la que le indicó que a los 61 años su mesada será de \$737.717, mientras que en el RPM su mesada sería de \$2.185.792. Manifestó que el 23 de mayo de 2018 solicitó a **COLPENSIONES** la nulidad de su traslado, petición que fue rechazada el 1º de junio de 2018.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos a la edad de la demandante. Indicó que el traslado de régimen pensional fue válido porque no se realizó contra prohibición legal, porque cumplió todos los requisitos legales, sin que la demandante acredite omisión o engaño en la información ni tampoco ninguna causal de nulidad, siendo prueba de su decisión libre e informada la firma del formulario de afiliación, sin que demuestre la existencia de perjuicio por su traslado. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica (fl. 65 a 71).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la accionante y que agotó la reclamación administrativa. Indicó que la demandante no acreditó ningún vicio del consentimiento o causal de nulidad de su traslado de régimen

pensional, existiendo prueba documental de su decisión libre de afiliarse a la AFP, sin que cumpla los requisitos para su retorno al RPM en cualquier tiempo. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fl. 86 a 109).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 154 a155, 26:27 cd fl. 139).

El 31 de enero de 2020, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(..) **PRIMERO: DECLARAR PROBADAS** las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, falta de causa para pedir e inexistencia de causal de nulidad, propuestas por las demandadas en la forma expuesta en la parte motiva de esta sentencia.*

***SEGUNDO: DECLARAR** que la afiliación de la Sra. ESTHER ESCOBAR GARCÍA, identificada con la C.C. 27.789.370, a Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS administrado por PORVENIR S.A., se ajustó a los parámetros y exigencias legales y es totalmente válida, por lo que no hay lugar a acoger las pretensiones.*

***TERCERO: ABSOLVER** a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora ESCOBAR GARCÍA, según las razones expuestas.*

***CUARTO: CONDENAR EN COSTAS** a la demandante a favor de COLPENSIONES y de PORVENIR S.A., incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$200.000 M/cte y a favor de cada una de las demandadas.*

***QUINTO: SE ORDENA LA CONSULTA** a favor de la demandante. (...)*”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer la procedencia de declarar la nulidad del traslado de régimen y de tener como única afiliación válida la del RPM a cargo de **COLPENSIONES**.

Para resolver indicó que la controversia se centra en establecer si la AFP cumplió o no con el deber de información, siendo relevante que la demandante cotizó al extinto ISS del 25 de octubre de 1984 al 28 de febrero de 1985 y solo se trasladó al RAIS a través de **PORVENIR** S.A. el 1° de abril de 1995, sin que para entonces acredite ser beneficiaria del régimen de transición y por ende no acreditó los reparos en tal sentido, existiendo una circunstancia probatoria que impide la prosperidad de las pretensiones, que fue no acoger el año de gracia de la Ley 797 de 2003, sea la razón por la que ello haya sido, a la vez que no demostró ningún aporte al ISS desde 1985, pese que alegó que prestó servicios para el Municipio de Tunja, sin que fuera exigible al Fondo realizar estudios comparativos frente a un régimen al que no hacía aportes la demandante, por ello no se podía hablar de ventajas o desventajas respecto del ISS porque se puede inferir que no estaba afiliada al seguro sino a una Caja de Previsión Social Municipal como servidora pública de Tunja, lo que impide aplicar la regla general de ineficacia del traslado, correspondiendo a la demandante acreditar la lesión de sus intereses por parte de la AFP frente a una afiliación al ISS a la cual no estaba cotizando, lo cual no realizó, por tanto, absolvió de las pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **ESTHER ESCOBAR GARCÍA** solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que el deber de información a cargo de las EPS nació desde su creación conforme el Decreto 663 de 1993 y los artículos 48 y 330 constitucionales, a favor de los afiliados que tiene derecho a recibir aviso de cualquier circunstancia que afecte su futuro pensional, siendo que sí se varió dicho derecho de la demandante ya que perdió los beneficios del RPM, deber que debe cumplirse independientemente de si se tiene o no un derecho o beneficio consolidado, sin que sea prueba suficiente el solo formulario de afiliación o el nivel profesional del afiliado, porque dicho deber se impone por mandato de Ley, la cual es impersonal, general y abstracta, además, la carga de la prueba se invierte para que sean las AFP quienes deben demostrar el cumplimiento de dicha

responsabilidad de garantizar el mejor panorama pensional al afiliado (27:54 cd fl. 139).

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 **DEMANDANTE** solicitó que se declaré la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen pensional por la falta de información veraz, completa y oportuna sobre los alcances de dicha decisión, obligación cuyo cumplimiento no demostró la AFP demandada. Por su parte, el apoderado principal de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto no se acreditó vicio del consentimiento ni causal de nulidad, no procede aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no se demostró causal de ineficacia conforme el artículo 899 CCO, siendo que si se acreditó la voluntad de permanencia en el RAIS con el formulario de afiliación y los años de permanencia, no se pueden imponer cargas no vigentes a la fecha de traslado, de forma subsidiaria, solicitó aplicar el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 para determinar los valores que deben ser devueltos por la AFP y el artículo 1746 CC ordena la devolución de los gastos de administración solo cuando se acredita mala fe, lo cual no ocurrió, por ende, no procede la devolución de gastos de administración y primas de seguro, porque no pertenecen al afiliado y no financian su pensión, además que se desfinanciaría el sistema permitiendo el retorno al RPM.

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 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, cumplió o no con los

requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **ESTHER ESCOBAR GARCÍA** nació el 07 de octubre de 1956 (fl. 12); **ii)** la demandante estuvo afiliado al extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 25 de octubre de 1984 al 28 de febrero de 1985, acumulando 18,14 semanas conforme su historia laboral (cd fl. 113); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** el 13 de marzo de 1995 (fl. 14), el cual se hizo efectivo desde el 1° de abril de 1995 (fl. 82); **iv)** la demandante se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 09 de abril de 1999 (fl. 73), el cual se hizo efectivo desde el 1° de mayo de 1999 (fl. 82), AFP a donde permanece vinculada y en donde acumuló 1,153 semanas cotizadas a noviembre de 2017 (fl. 22).

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

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 AFP, 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 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.

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 y SL1421 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 indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez de primera instancia absolvió de las pretensiones al declarar probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, falta de causa para pedir e inexistencia de causal de nulidad y condenó en costas a la demandante.

El apoderado de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que el deber de información nació con la creación de las AFP, el cual da el derecho a los afiliados a recibir aviso de cualquier circunstancia que afecte su futuro pensional, siendo que si se modificó la situación de la demandante porque perdió los beneficios del RPM, deber que se cumple independientemente de si se tiene o no un derecho o beneficio consolidado o el nivel profesional del afiliado, cuyo cumplimiento debe acreditar la AFP y que no se demuestra con el solo formulario de afiliación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante indicar 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 y SL3464 de 2019.

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 la sentencia SL1689 de 2019, 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.

En el presente asunto, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a **PORVENIR S.A.** efectuada el 13 de marzo de 1995 (fl. 14), la demandante hubiera recibido 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 puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Ahora bien, no desconoce la Sala que la demandante, en su demanda y en su interrogatorio de parte manifestó, de forma expresa, que se encuentra vinculada a la Alcaldía Municipal de Tunja, manifestando que fue vinculada a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ desde 1989, desde la cual se trasladó al RAIS, lo que explica el hecho de porqué las cotizaciones efectuadas al extinto ISS lo fueron únicamente del 25 de octubre de 1984 al 28 de febrero de 1985 para un total de 18,14 semanas.

Resulta relevante considerar que el artículo 151 de la Ley 100 de 1993 determinó que el actual Sistema General de Pensiones iniciaría para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital a más tardar el 30 de junio de 1995, a la vez que el numeral 3 del artículo 139 *ibídem* facultó extraordinariamente al Presidente de la República para establecer un régimen de fondos departamentales y municipales de pensiones públicas para sustituir el pago de las pensiones a cargo de las cajas, fondos y empresas de los respectivos niveles territoriales.

En consecuencia, mediante el Decreto 1296 de 1994 se estableció el régimen de los fondos departamentales, distritales y municipales de pensiones públicas, estableciendo en su artículo 4 que tienen la función de sustituir el pago de las pensiones a cargo de las cajas, fondos y empresas productoras de los niveles territoriales y sustituir a las Cajas en lo relacionado con el pago de pensiones de aquellas personas que cumplieron el tiempo de servicio pero no la edad para causar la pensión, siempre y cuando no estén afiliados a ninguna otra administradora de pensiones.

La anterior norma fue complementada con el Decreto 1068 de 1995, el cual reglamento la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para los servidores públicos, indicando su artículo 2 que aquellos deberían seleccionar entre el RPM o el RAIS, aclarando el artículo 3 que si se encontraban vinculados en alguna caja, fondo o entidad de previsión social del nivel territorial podrían continuar vinculados a aquella siempre que no se ordene su vinculación.

En el caso concreto, se tiene que la demandante se afilió a **PORVENIR S.A.** el 13 de marzo de 1995 (fl. 14), fecha anterior a la liquidación de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, la cual se creó mediante la Ordenanza Departamental 22 del 18 de abril de 1936 y se liquidó en el año 2001 en virtud del Decreto Departamental 1687 de 2001, siendo sustituida por el FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, último que fue creado con la Ordenanza Departamental 17 del 9 de

junio de 1995 y reglamentado con los Decretos Departamentales 1296 de 1994 y 796 de 1995, Fondo que si bien subsiste, solo asumió las funciones de sustituir el pago de las pensiones ya pagadas por la Caja y de las futuras pensiones de las personas que ya habían cumplido el tiempo de servicios pero no la edad o que habiéndola cumplido no tenían la prestación reconocida o aun no la habían solicitado, requisitos que no cumple la accionante, por cuanto manifestó que solo desde 1989 estuvo afiliada a la Caja y cuando se trasladó en 1995 apenas contaba con 6 años de servicios, por lo que al regresar las cosas a su estado anterior en virtud de la ineficacia del traslado, hubiera sido obligada a trasladarse al RPM administrado por el extinto ISS hoy **COLPENSIONES**, conforme la normatividad antes citada, en especial el Decreto 1068 de 1995.

Así las cosas, como quiera que la AFP demandada no logró acreditar que suministró la información suficiente para que la demandante comparara de forma integral y completa las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro, ya sea al momento del traslado o en oportunidades posteriores, se genera la ineficacia del traslado, asistiéndole responsabilidad a **COLPENSIONES** de reactivar la afiliación de la demandante en el RPM conforme la normatividad que reguló los Fondos territoriales de pensiones públicas, en especial las relacionadas con el FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ.

Así las cosas, esta Sala revocará la decisión en primera instancia y en su lugar declarará la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante hacia **COLPENSIONES**.

Respecto de los gastos de administración y comisiones, debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR S.A.**, según el tiempo de vinculación de la demandante,

conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

De otra parte, se declarará 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 lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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 la AFP demandada, por cuanto se declara la ineficacia del traslado debido a que dicho Fondo no acreditó el cumplimiento diligente del deber de información con la 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: REVOCAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado del RAIS al RPM y de los subsecuentes traslados de AFP que realizó la demandante **ESTHER ESCOBAR GARCÍA**, 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 los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir 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.

TERCERO: 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.

CUARTO: costas de primera instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS CARAZ
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0190-2020

Radicado N° 19 2019 00407 01

Bogotá once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2020, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del actor y en consecuencia, condenó a **PORVENIR S.A.** a trasladar todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación del demandante, a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliado del RPM al demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

OTONIEL COLLAZOS ROJAS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, 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 y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliado al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 17 de enero de 1957, que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1° de septiembre de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1995 para un total de 778.86 semanas, que el 1° de diciembre de 1995 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR, que al momento del traslado no recibió información sobre las implicaciones y consecuencias positivas o negativas de dicho acto, ni se le dio ningún tipo de asesoría referida a su permanencia en el RAIS. Afirma que el 2 de mayo de 2019 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM y esta entidad resolvió de manera desfavorable su solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que en su totalidad no le constan. Como excepciones propuso las de validez de la afiliación al RAIS, inexistencia del derecho para regresar al RPM, falta de causa para pedir, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria y compensación (fls. 38 a 54).

La **AFP PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, y el traslado de régimen, 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 (fls. 79 a 100).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 4 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del actor y en consecuencia, condenó a PORVENIR a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliada del RPM al demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor OTONIEL COLLAZOS ROJAS identificado con CC. N° 19.321.465 de Bogotá, del RPM administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A., realizado el día 14 de mayo de 1996, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculado al demandante OTONIEL COLLAZOS ROJAS identificado con CC. N° 19.321.465 de Bogotá al RPM administrado por COLPENSIONES, desde el 1° de septiembre de 1980 hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el RPM, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor OTONIEL COLLAZOS ROJAS identificado con CC. N° 19.321.465 de Bogotá, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. **QUINTO:** Sin costas en esta instancia. **SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de 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 en el presente asunto, la AFP demandada tenía la carga de probar el cumplimiento al deber de información, lo cual no ocurrió, pues no se aportó prueba alguna al efecto. Concluyó que en consonancia con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos procede la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada PORVENIR interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Fundamentó su recurso en que es improcedente la ineficacia de traslado definida por el juez de primera instancia, pues el acto del traslado de régimen pensional fue un acto libre y voluntario del actor y así lo manifestó al suscribir el formulario, que no se dan los presupuestos definidos en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y por ello no procede el traslado ordenado. Afirma que para la fecha en que se efectuó el traslado no existía para las AFP el deber de documentar la información brindada a los futuros afiliados, además que de acuerdo a lo manifestado por el actor interrogatorio, éste conocía las características de cada régimen pensional y esto le permitía tomar una decisión informada. Aduce que el demandante al solicitar la nulidad del traslado debía acreditar la existencia de vicios en el consentimiento y ello no ocurrió. Finalmente refiere que es improcedente la devolución de los gastos de administración en cuanto éstos se causaron por la labor ejecutada por la AFP durante el tiempo que el actor estuvo afiliado al fondo y además porque se encuentran debidamente autorizados por la ley.

El apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso afirma que el acto de traslado del demandante cumplió con la totalidad de los requisitos legales y en consecuencia

es un contrato válidamente efectuado, que para el momento del traslado no era obligación de las AFP documentar el tipo de información que brindaban a sus afiliados y por tal razón no es posible exigirles prueba de ello. Pide que en caso de que se confirme la decisión de primera instancia se ordene también la devolución de los gastos de administración, pues éstos forman parte del aporte realizado y son producto del acto ineficaz.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia y para el efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

El apoderado de la AFP PORVENIR presentó alegatos. Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante, pide en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto se dan los presupuestos 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 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 COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado pensional 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.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 17 de enero de 1957 (fl. 20); **ii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1° de septiembre de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1995 un total de 778.86 semanas (fl. 21); **iii)** que el 14 de mayo de 1996 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR (fl. 101); **iv)** que el 2 de mayo de 2019 solicitó a PORVENIR su retiro del RAIS (fl. 32); **v)** y que el 2 de mayo de 2019 solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM y ésta fue resuelta desfavorablemente (fls. 31 y 33).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección 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. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, 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.

Concomitante con lo anterior, el 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 en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, 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 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.

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 consecuencia 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.

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.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor OTONIEL COLLAZOS ROJAS se trasladó a la AFP PORVENIR el 14 de mayo de 1996, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy 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. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por el demandante (CD. 1 min. 18:26) éste solo afirmó que cuando trabajaba en el IDEMA, recibieron la visita de algunos asesores de PORVENIR quienes les ofrecieron cambiarse de régimen pensional, realizaron una reunión grupal donde les dieron a conocer a grandes rangos que tipo de entidad era y les dijeron que tendrían una cuenta privada de ahorro pensional que generaría rendimientos y no un fondo común como ocurría en el ISS, que la asesoría fue general y no les dieron información adicional o personalizada sobre su situación pensional.

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 del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PORVENIR S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM.

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 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 los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, 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 juez de primera instancia así lo definió se confirmará la sentencia en este punto.

Sobre la obligación aquí definida a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para dar cumplimiento a la obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, 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 la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0191-2020

Radicado N° 20 2019 00480 01

Bogotá once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 28 de agosto de 2020, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

PAULINO NEUTA NEUTA, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada, al reconocimiento y pago del incremento del 14%, por su cónyuge Emelina Jiménez, quien depende económicamente del pensionado, al reconocimiento y pago de la respectiva retroactividad de los incrementos debidamente indexados, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó su pretensión, en que la entidad demandada mediante Resolución N° 006638 de 2004 le reconoció pensión de vejez a partir del 22 de junio de 2003, que su cónyuge depende económicamente de él y conviven desde hace más de 40 años; que solicitó a la demandada el incremento pensional del 14% y esta solicitud fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de COLPENSIONES, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago ni del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público (fls. 48 a 63 pdf).

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 28 de agosto de 2020, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a la entidad demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor PAULINO NEUTA NEUTA, conforme a lo considerado. **SEGUNDO:** CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente. **TERCERO:** De no ser apelada esta providencia remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala

Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, por ser adversa al demandante pensionado”.

Como fundamento de la decisión, indicó que de acuerdo a lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019 los incrementos pensionales perdieron vigencia con la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993 y por ello no procede el reconocimiento del derecho que se reclama.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que se dan los presupuestos definidos en la Ley para el reconocimiento del incremento reclamado, dice que es una contradicción aplicar el Acuerdo 049 de 1990 para el reconocimiento de pensiones y no para el reconocimiento de este incremento que constituye un derecho adquirido por el actor antes de la expedición de la sentencia SU 140 de 2019.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder a la Dra. SONIA LORENA RIVEROS VALDES, identificado con C.C. 1.105.681.100 y portador de la T.P. 255.514 del C.S.J., a quien se tendrá como apoderada sustituta de dicha entidad.

La referida apoderada, presentó sus alegaciones solicitando que se confirme la decisión de primera instancia que negó los incrementos reclamados, pues se ajusta a derecho la decisión en cuanto definió que éstos fueron derogados con la Ley 100 de 1993 y aplicó lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia SU – 140 de 2019.

Por su parte, la apoderada de la parte demandante en sus alegaciones, solicita 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

Estudia la Sala si en el presente asunto, procede el reconocimiento del incremento pensional del 14% en favor del demandante.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante Resolución N° 006638 del 26 de marzo de 2004 la entidad demandada reconoció pensión de vejez al demandante a partir del 22 de junio de 2003 (fl. 25 pdf); **ii)** que el demandante se encuentra casada con Emelina Jiménez desde el 13 de agosto de 1966 (fl. 18 pdf); y **iii)** que mediante comunicación del 26 de octubre de 2017 solicitó a la demandada el reconocimiento del incremento pensional del 14% (fl. 19 pdf).

Para resolver la controversia, e independientemente de las razones expuestas en el recurso, advierte la Sala que la Corte Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, dispuso: *“con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993, entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mentado 1° de abril de 1994, aún para aquellos*

que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994”.

Si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, no perdió vigencia a la entrada de la Ley 100 de 1993, tal y como se ha dicho en las sentencias con Rad. 21517 del 27 de julio de 2005 MP. Isaura Vargas Díaz y del 5 de diciembre de 2007, Rad 29751 MP Luis Javier Osorio López, lo cierto es que, con la reciente decisión la Corte Constitucional dispuso que los incrementos previstos en el Decreto 758 de 1990, **sí fueron derogados** por la Ley 100 de 1993 y dado que es este el órgano competente para decidir sobre la vigencia y exequibilidad de las normas legales, por ello se confirmará la sentencia apelada por las razones aquí expuestas.

Para responder el argumento de apelación, la Sala dirá que es procedente la aplicación de la decisión judicial, aun cuando fue proferida con posterioridad a la fecha en que este proceso inició y se solicitó el reconocimiento del derecho, pues las decisiones emitidas en primera y esta instancia, se dictan para el momento en que ya se había proferido la sentencia SU referida, luego, previo a dictar la decisión judicial no se ha consolidado derecho alguno en favor de la parte que lo reclama y por ello es susceptible de modificación y aplicación de los criterios vigentes al momento de proferir la decisión que en derecho corresponde.

Así las cosas, el derecho reclamado en este proceso no puede causarse por falta de supuesto normativo, razón por la cual, como ya se dijo, se confirmará la decisión de primera instancia que negó los incrementos reclamados.

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 aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrado


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0184-2020

Radicado N° 21-2018-00458-01

Bogotá, once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 06 de diciembre de 2019, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, condenó a **PORVENIR S.A.** a trasladar los aportes y rendimientos, sin descuentos por gastos de administración, hacia **COLPENSIONES**, a quien ordenó a reactivar la afiliación en el RPM y actualizar la historia laboral y condenó en costas a la AFP demandada (fl. 170 a 171, 01:05:25 cd fl. 169).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 03 a 17).**

AMANDA RUTH SALINAS CELIS solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP HORIZONTE hoy

PORVENIR S.A., en consecuencia, declarar que su afiliación válida lo es al RPM y condenar a la AFP a trasladar los saldos de la CAIP, sin ningún tipo de descuento, hacia **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 22 de octubre de 1961; que se afilió al RPM desde el 1° de agosto de 1981 a través de la extinta CAJANAL; que el 27 de noviembre de 1997 se trasladó mediante afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, sin que dicha AFP brindara información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Afirmó que en 2018 la AFP realizó una proyección pensional y le indicó que su mesada sería de \$1.167.300, mientras que en el RPM sería de \$4.490.442. Señaló que el 10 de junio de 2010 solicitó al extinto ISS su traslado al RPM, el cual fue rechazado, solicitud que también negó **COLPENSIONES** el 03 de agosto de 2018.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante. Indicó que la demandante, de forma libre y voluntaria, solicitó su traslado al RAIS, sin que pueda ordenarse su retorno al RPM debido a la restricción por edad, no cumple los requisitos para su retorno en cualquier tiempo, no acreditó ningún vicio del consentimiento y no puede alegar el desconocimiento de la Ley a su favor, de otra parte, afirmó que la demandante nunca estuvo afiliada al ISS sino a CAJANAL, por lo que corresponde a la UGPP asumir la eventual carga de reactivar su afiliación al RPM. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica (fl. 76 a 89).

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, fecha de afiliación a la

AFP y que efectuó proyección pensional. Indicó que brindó la información necesaria para permitir una decisión libre e informada a la demandante, explicando las características de cada régimen pensional, tras lo cual ella decidió vincularse a la AFP y de ello quedó prueba escrita en el formulario de afiliación, sin que fuera exigible la realización de proyecciones porque al momento del traslado tal obligación no estaba vigente, aclarando que en todo caso tiene información sobre el régimen a disposición de sus afiliados en sus canales de atención, sin que la demandante acredite vicio del consentimiento o la mala fe del fondo y sin que proceda la inversión de la carga de la prueba o la aplicación del precedente jurisprudencial. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, enriquecimiento sin justa causa, inexistencia de vicio del consentimiento, debida asesoría del fondo y la genérica (fl. 106 a 116, 152)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 170 a 171, 01:05:25 cd fl. 169).

El 06 de diciembre de 2019, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por la señora **AMANDA RUTH SALINAS CELIS** del régimen de ahorro individual con solidad de fecha 27 de noviembre de 1997 con efectividad a partir del 1° de enero de 1998 por intermedio de **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** hoy 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 por **COLPENSIONES**.*

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales y cotizaciones, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y, traslados contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora **AMANDA RUTH SALINAS CELIS** a COLPENSIONES. Para ello se concede el término de UN (1) mes.

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 la pasiva conforme a lo motivado.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. Sin costas en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**. Líquidense por Secretaría.

SEXTO: CONSÚLTASE CON EL SUPERIOR esta decisión por ser adversa a los intereses de **COLPENSIONES**. (...)"

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico Determinar si es nulo el traslado del RPM al RAIS y si procede declarar que la única afiliación válida y sin solución de continuidad es la del RPM en cabeza de **COLPENSIONES** y si proceden acceder a las demás pretensiones.

Para resolver indicó que la demandante estuvo afiliada al RPM a través de la extinta CAJANAL, siendo que el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, determinó que el ISS hoy **COLPENSIONES** sería el administrador del RPM y las CAJAS solo respecto de los afiliados por el tiempo que subsistieran, por tanto, en caso de una ineficacia del traslado es viable que el retornó al RPM en cabeza de **COLPENSIONES**. De otra parte, indicó que la H. CSJ ha establecido que el deber de asesoría e información es necesario para que surja una decisión libre e informada de selección de régimen, deber que corresponde a las AFP desde su creación y frente al cual tienen la carga de la prueba de demostrar su cumplimiento diligente por cuanto tiene una responsabilidad profesional en cuanto ello. En el presente asunto, la AFP no acreditó el cumplimiento diligente de dicho deber, por cuanto solo se allegó el formulario de afiliación y no existió confesión de la demandante, así mismo, los testigos fueron coincidente en señalar que no se les informó las condiciones y características del RPM ni de las limitaciones del RAIS, porque solo se indicaron sus puntos positivos. Declaró ineficaz el traslado y ordenó a la AFP trasladar los aportes,

rendimientos y sin deducción por gastos de administración y a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación al RPM.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Indicó que la jurisprudencia de la H. CSJ no se debe aplicar de forma automática sino considerando las particularidades del caso, siendo que la demandante carece de régimen de transición y por ende no aplica. De otra parte, señaló que es la UGPP la llamada a reactivar la afiliación de la demandante al RPM, que no se acreditaron vicios del consentimiento, que el traslado se efectuó conforme derecho, que nunca manifestó inconformidad durante los 21 años que permaneció en el RAIS, que no cumple las condiciones para su retorno en cualquier tiempo y que acceder a ello desfinancia el RPM (01:07:08 cd fl. 169).

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia. Indicó que la demandante conoce las características del RAIS y del RPM y optó por el primero de ellos, que no se puede tener como indicio en contra de la AFP la falta de documentación porque dicho deber no estaba vigente a la fecha del traslado, de otra parte, no procede la devolución de los gastos de administración, por cuanto se usaron conforme la disposición legal para cubrir los riesgos de invalidez y muerte y ya fueron girados a la aseguradora, por lo que ordenar su devolución genera un enriquecimiento sin justa causa pese que fueron usados para generar rendimientos que ya están en la CAIP (01:09:23 cd fl. 169).

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 **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto la AFP demandada no acreditó el cumplimiento del deber de información y asesoría conforme los parámetros jurisprudenciales de la H. CSJ. La apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Cindy

Julieth Villa Navarro, identificada con C.C. 1.129.580.577 y T.P. 219.992 del C.S.J., quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó se acceda al recurso reiterando que la demandante esta bajo la restricción de retorno, no acreditó vicios del consentimiento, no procede la inversión de la carga de la prueba, no se puede imponer de forma retroactiva la exigencia de documentación de la asesoría y permitir su retorno al RPM implica la desfinanciación del sistema, de forma subsidiaria, solicitó condicionar el cumplimiento de las condenas a la devolución de todas las sumas de la CAIP. El apoderado principal de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto no se acreditó vicio del consentimiento ni causal de nulidad, no procede aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no se demostró causal de ineficacia conforme el artículo 899 CCO, siendo que si se acreditó la voluntad de permanencia en el RAIS con el formulario de afiliación y los años de permanencia, no se pueden imponer cargas no vigentes a la fecha de traslado, de forma subsidiaria, solicitó aplicar el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 para determinar los valores que deben ser devueltos por la AFP y el artículo 1746 CC ordena la devolución de los gastos de administración solo cuando se acredita mala fe, lo cual no ocurrió, por ende, no procede la devolución de gastos de administración y primas de seguro, porque no pertenecen al afiliado y no financian su pensión, además que se desfinanciaría el sistema permitiendo el retorno al 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 inferirse 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 CPT y de la SS, 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 dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados

en el recurso de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **AMANDA RUTH SALINAS CELIS** nació el 22 de octubre de 1961 (fl. 22 y 23); **ii)** la demandante estuvo afiliada a la extinta CAJANAL del 1° de agosto de 1981 hasta (fl. 35 a 45) hasta 31 de diciembre de 1997; **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 27 de noviembre de 1997 (fl. 118), el cual se hizo efectivo el 1° de enero de 1998 (fl. 120), AFP a donde permanece vinculada y donde acumuló 1.473 semanas cotizadas en agosto de 2018 (fl. 47).

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

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 AFP, 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 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.

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 y SL1421 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 consecuencia de la decisión. También indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, condenó a **PORVENIR S.A.** a trasladar los aportes y rendimientos, sin descuentos por gastos de administración, hacia **COLPENSIONES**, a quien ordenó a reactivar la afiliación en el RPM y actualizar la historia laboral y condenó en costas a la AFP demandada.

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que la jurisprudencia de la H. CSJ no puede aplicarse porque la demandante no tenía régimen de transición, así mismo, que es la UGPP la llamada a reactivar la afiliación de la demandante al RPM, que no se acreditaron vicios del consentimiento, que el traslado se efectuó conforme derecho, que nunca manifestó inconformidad durante los 21 años que permaneció en el RAIS, que no cumple las condiciones para su retorno en cualquier tiempo y que acceder a ello desfinancia el RPM.

Por su parte, la apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que la demandante conoce las características de los regímenes pensionales y optó por el RAIS, que no se puede reprochar la falta de documentación de la asesoría, que no procede la devolución de los gastos de administración, por cuanto se usaron conforme disposición legal y su devolución implica un enriquecimiento sin justa causa a pesar de que fueron usados para generar los rendimientos de la demandante.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar 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 y SL3464 de 2019.

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 la sentencia SL1689 de 2019, 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.

En el presente asunto, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a la la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** efectuada el 27 de noviembre de 1997 (fl. 118), la demandante hubiera recibido 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 puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreado para **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante hacia **COLPENSIONES**.

En este punto es preciso aclarar que **COLPENSIONES** alega que es la UGPP la llamada a reactivar la afiliación de la demandante al RPM; sin embargo, el Decreto 2196 de 2009, que suprimió y ordenó la liquidación de la extinta CAJANAL, 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.

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, 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.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta y que a su vez fue objeto del recurso de apelación, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR S.A.**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

De otra parte, se declarará 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 lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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: 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 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, conforme la parte considerativa de esta providencia.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0192-2020

Radicado N° 22 2018 00433 01

Bogotá once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 27 de enero de 2020, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la demandante a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliada del RPM a la demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARIA ISABEL MARTINEZ LEON, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 11 de enero de 1962, que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 30 de marzo de 1981 hasta el 1° de octubre de 1994 para un total de 664.57 semanas, que el 20 de septiembre de 1997 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS, que no recibió de esta entidad información sobre las implicaciones y consecuencias positivas y negativas del traslado, ni se le informó que tendría la posibilidad de retornar al RPM antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad de pensión, que el 24 de junio de 1998 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN y que ésta última tampoco le brindó información sobre las implicaciones de la permanencia en el RAIS para su situación pensional. Afirma que el 1° de marzo de 2018 solicitó a PROTECCION la anulación de su afiliación al RAIS y esta entidad negó lo solicitado, que el 1° de marzo de 2018 solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RAIS y ésta también resolvió de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **AFP POROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, y traslado de régimen, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 167 a 183).

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, afiliación al ISS y solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones

propuso las de inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público (fls. 136 a 158).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, y traslado de régimen, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las 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 y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado (fls. 211 a 235).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 27 de enero de 2020, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a PROTECCIÓN a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la demandante a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliada del RPM a la demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora MARIA ISABEL MARTINEZ LEON con CC. 51.686.486 al RAIS, acaecido el 20 de septiembre de 1994, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: ORDENAR** a PROTECCIÓN fondo al que se encuentra afiliada la señora MARIA ISABEL MARTINEZ LEON con CC. N° 51.686.486 a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedo explicado en esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., a remitir a COLPENSIONES, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo, conforme quedó explicado precedentemente. **CUARTO: DECLARAR NO PROBADA** las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: CONDENAR** en costas a las demandadas la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una. **SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES consúltese a su favor ante el Superior inmediato, en los términos del artículo 69 del CPT y SS”.

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 en el presente asunto, las AFP demandadas tenían la carga de probar el cumplimiento al deber de información, lo cual no ocurrió, pues no se aportó prueba alguna al efecto. Concluyó que en consonancia con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos procede la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración. Fundamentó su recurso en que no es procedente tal devolución, pues los gastos de administración están debidamente definidos en la ley y corresponden a la labor de administración realizada por la entidad durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada al fondo.

La apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que la demandante decidió de manera voluntaria trasladarse al RAIS, pues así lo manifestó en la suscripción del formulario, que no presentó ninguna duda o inquietud ante la AFP sobre las

implicaciones del traslado y ratificó su decisión de permanecer en el RAIS al trasladarse de fondo de pensiones. Aduce que la demandante se encuentra dentro de una prohibición legal para regresar al RPM y no es beneficiaria del régimen de transición y tampoco acreditó la existencia de vicio en el consentimiento alguno en el acto del traslado. Dice que la decisión de ineficacia aquí declarada atenta contra el principio de estabilidad financiera del sistema. Pide además que se revoque la condena en costas, pues éstas no proceden contra las entidades de derecho público que administran dineros de la seguridad social.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de PROTECCIÓN presentó alegaciones. Solicita que se revoque la sentencia en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración en cuanto independientemente de la declaratoria de ineficacia, la entidad realizó la administración de la cuenta de ahorro de la demandante y por ello ésta generó frutos y rendimientos, luego por la gestión realizada durante este tiempo se causaron los gastos de administración que están debidamente definidos en la ley.

Por su parte la apoderada de la parte demandante, presentó alegaciones. Solicita que se confirme la decisión de primera instancia con fundamento en que se dan los lineamientos establecidos por la jurisprudencia para que se decrete la ineficacia del traslado de régimen pensional en segunda instancia.

La AFP COLFONDOS 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 COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado pensional 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.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 11 de enero de 1962 (fl. 18); **ii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 30 de marzo de 1981 hasta el 1° de octubre de 1994 para un total de 664.57 semanas (fl. 22); **iii)** que el 20 de septiembre de 1997 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS (fl. 20); **iv)** que el 24 de junio de 1998 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN (fl. 21); **v)** que el 1° de marzo de 2018 solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM (fl. 39).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección 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. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, 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.

Concomitante con lo anterior, el 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 en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, 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 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.

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 consecuencia 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.

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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARIA ISABEL MARTINEZ LEON se trasladó a la AFP COLFONDOS el 20 de septiembre de 1997, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy 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. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por la demandante (CD. 2 min. 13:34), pues ésta solo

afirmó que al momento del traslado un asesor de Colfondos le informó que el ISS se iba terminar y la estabilidad de su pensión estaba en peligro, que los fondos tenían un mayor respaldo y además brindaban mejores condiciones pensionales.

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 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, acarreado para PROTECCIÓN S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará 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 adocrió 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 los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, 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 juez de primera instancia así lo definió se confirmará la sentencia en este punto.

Sobre la obligación aquí definida a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para dar cumplimiento a la obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, 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.

Sobre el argumento de apelación propuesto por COLPENSIONES, referido a la improcedencia de la condena en costas, se advierte que en virtud de lo definido en el artículo 365 del CGP, estas son procedentes en cuanto dicha entidad se opuso a las pretensiones de la demanda y resultó vencida en juicio.

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 del 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 la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0185-2020

Radicado N° 23-2018-00670-01

Bogotá, primero (1°) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver los recursos de apelación de las demandadas **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 05 de febrero de 2020, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS y posterior traslado de AFP, condenó a las AFP a trasladar los aportes y rendimientos, sin descuentos alguno, hacia **COLPENSIONES**, a quien ordenó a reactivar la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** (fl. 259, 55:31 cd fl. 260).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 02 a 23, 101 a 104).**

JAIRO MARTÍNEZ CONTRERAS solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS y de forma subsidiaria la del posterior

traslado de AFP, en consecuencia, ordenar a las AFP demandadas trasladar los valores de la CAIP, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 10 de julio de 1956; que se afilió al RPM desde el octubre de 1980 a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES**; que en noviembre de 1995 se trasladó mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.**, en marzo de 2000 se trasladó a **PORVENIR S.A.** y en noviembre de 2000 retornó a **PROTECCIÓN S.A.**, sin que dichas AFP brindaran información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Afirmó que el 10 de agosto de 2018 solicitó a **COLPENSIONES** su traslado al RPM, quien negó la petición, de otra parte, afirmó que el 09 de agosto de 2018 solicitó a las AFP demandadas información y aclaración de incógnitas sobre su traslado, quienes a pesar de responder formalmente no resolvieron las solicitudes.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relativo a la edad del demandante. Indicó que el traslado del régimen se efectuó de forma libre y voluntaria, sin que el demandante aporte pruebas en contrario, que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, que no cumple los requisitos para su retorno al RPM en cualquier tiempo. Interpuso las excepciones de falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, validez de la afiliación al RAIS, buena fe, prescripción, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica (fl. 117 a 128).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante y que contestó petición. Indicó que brindó asesoría completa sobre las características del RAIS y las implicaciones del traslado previo a la decisión del demandante

de trasladarse a la AFP COLPATRIA y que colocó a su disposición canales para brindar asesoría pensional, sin que éste acredite vicio del consentimiento ni ninguna otra causal de nulidad, por cuanto el error de derecho no vicia el consentimiento, así mismo, que no procede la inversión de la carga de la prueba ni la aplicación de precedente jurisprudencial. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y la genérica (fl. 140 a 147).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, que se trasladó del RPM al RAIS y que este presentó petición. Indicó que sus asesores son capacitados para brindar una completa ya adecuada información sobre los regímenes de pensiones y sobre todo de las características del RAIS, tras lo cual tomó una decisión libre e informada que plasmó por escrito, sin que para entonces hubiera obligación de documentar la asesoría verbal que se le brindó, sin que sea procedente aplicar la inversión de la carga de la prueba e inaplicabilidad del precedente judicial y la variación del monto de la pensión no equivale a vicio del consentimiento y no cumplió con sus obligaciones como consumidores financieros. 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 y la genérica (fl. 166 a 184)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 259, 55:31 cd fl. 260).

El 05 de febrero de 2020, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(...) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante **JAIRO MARTÍNEZ CONTRERAS** al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y por ende a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de marzo de 2000 y el 29 de septiembre de 2000, con motivo de la afiliación del demandante **JAIRO MARTÍNEZ CONTRERAS**, como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PROTECCIÓN con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante el 01 de diciembre de 2000.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante **JAIRO MARTÍNEZ CONTRERAS**, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia.

CUARTO: DECLARAR que el demandante **JAIRO MARTÍNEZ CONTRERAS**, para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto **I.S.S.** y hoy administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, por las razones expuestas.

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

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

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

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si procede declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS y, en caso afirmativo, de declarar que la única afiliación válida lo es al RPM y demás pretensiones.

Para resolver indicó que los afiliados al Sistema General de Pensiones tienen derecho a escoger libremente el régimen pensional, conforme el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para lo cual es necesario contar con la información adecuada para tomar una decisión consciente, siendo que la prueba de la diligencia le corresponde a quien debió emplearla, motivo por el cual la H. CSJ ha determinado que las AFP tienen la responsabilidad profesional del deber de información y asesoría para sus potenciales afiliados y tienen la carga de la prueba de acreditar que cumplieron tal obligación. Afirmó que los elementos de prueba, las AFP allegaron los formularios de afiliación, los que por si solos no acreditan el deber de información y asesoría al momento de su traslado a 1995 o en sus traslados de AFP posteriores. Declaró la ineficacia y ordenó a **PROTECCIÓN** trasladar los aportes y sus rendimientos, sin descuento alguno y considerando que el demandante estuvo en varios Fondos, condenó a **PORVENIR** a devolver los valores, descontando las cifras que ya transfirió a **PROTECCIÓN**.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** solicitó revocar la condena a la devolución de gastos de administración. Indicó que dichos gastos se efectuaron conforme la normatividad que los autoriza, siendo que la ineficacia conlleva a devolver las cosas a su estado anterior, lo que implica que de ordenarse la devolución de los gastos de administración se deba ordenar a la demandante la devolución de los rendimientos, porque de no hacerlo así se generaría un enriquecimiento sin justa causa (58:03 cd fl. 260).

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Indicó

que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y no cumple los requisitos de la sentencia SU-130 de 2013, para su retorno al RPM en cualquier tiempo, por lo cual debe someterse al RAIS, además, no acreditó vicio del consentimiento o dolo porque no tenía ninguna expectativa legítima al momento del traslado, sin que la simple inconformidad en el monto de la mesada se equipare a una prueba de engaño o indebida información por parte del fondo, de quien no se demostró información equivocada o falaz, siendo que el demandante en su interrogatorio demostró que conoce elementos esenciales del RAIS como bono pensional, pensión anticipada, heredar los saldos o la existencia de rendimientos, decidiendo cotizar de forma voluntaria en el RAIS, por lo que no existen supuestos para declarar la nulidad o ineficacia del traslado (01:02:02 cd fl. 260).

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar la condena a devolver los ejercicios financieros. Indicó que trasladó todos los valores de la CAIP del demandante hacia **PROTECCIÓN S.A.**, por tanto, no se encuentra ningún rendimiento en poder de la AFP (01:08:26 cd fl. 260).

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** presentó alegatos indicando que la doctrina probable de la H. CSJ establece la ineficacia del traslado de régimen cuando la AFP no acredita el cumplimiento diligente del deber de información y asesoría. La apoderada sustituta de la demandada **COLPENSIONES**, solicitó revocar la sentencia, indicando que no se acreditó dolo o vicios del consentimiento por ausencia de expectativa legítima, siendo notoria la negligencia del demandante sobre su situación pensional, sin que pueda alegar el desconocimiento de la Ley a su favor y el error de derecho no afecta el consentimiento, siendo desproporcionado invertir la carga de la prueba a favor de un afiliado profesional en derecho y sin que la inconformidad sobre el monto pensional sea prueba de engaño o equivocada información por el fondo, advirtiendo que

permitir su retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera del sistema. EL apoderado principal de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia de primera instancia, ya que no se acreditó vicio del consentimiento ni causal de nulidad, no aplica el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no se demostró causal de ineficacia conforme el artículo 899 CCO y por el contrario se acreditó la voluntad de permanencia en el RAIS con el formulario de afiliación y los años de permanencia, no se pueden imponer cargas no vigentes a la fecha de traslado, de forma subsidiaria, solicitó aplicar el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 para determinar los valores que deben ser devueltos por la AFP y el artículo 1746 CC ordena la devolución de los gastos de administración solo cuando se acredita mala fe, lo cual no ocurrió, por ende, no procede la devolución de gastos de administración y primas de seguro, porque no pertenecen al afiliado y no financian su pensión, además que se desfinanciaría el sistema permitiendo el retorno al RPM. Finalmente, la apoderada principal de **PROTECCIÓN S.A.** solicitó revocar la sentencia, por cuanto indicó que la afiliación del demandante fue libre y voluntaria, quien decidió no retornar al RPM ni utilizó el derecho de retracto, así mismo, incumplió su obligación como consumidor financiero de estudiar los productos que adquiere, en todo caso, indicó que no procede la condena a la devolución de gastos de administración y pólizas provisionales, por cuanto indicó que son descuentos autorizados legalmente, opera en ambos regímenes y son la retribución por la gestión profesional del fondo que generó rendimientos mayores al valor de los aportes, por lo que ordenar su devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa, siendo que el artículo 1746 CC permite conservar los gastos cuando los bienes generaron frutos y no hubo mala fe, por tanto, solo procede retornar los aportes y rendimientos conforme concepto del 17 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia y no se pueden extender a terceros los efectos de la ineficacia y son además prescriptibles.

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 inferirse 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 dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a la AFP DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.**, cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el demandante **JAIRO MARTÍNEZ CONTRERAS** nació el 10 de julio de 1956 (fl. 24); **ii)** el demandante estuvo afiliado al RPM a través de la extinta ISS del 14 de octubre de 1980 al 11 de enero de 1986 (fl. 43); **iii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a la AFP DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 1° de noviembre de 1995 (fl. 185), el cual se hizo efectivo el 1° de diciembre de 1995 (fl.190); **iv)** el demandante se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.** el 16 de marzo de 1998 (fl. 186), el cual se hizo efectivo el 1° de mayo de 1998 (fl. 190); **v)** el demandante se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** el 31 de enero de 2000 (fl. 148), el cual se hizo efectivo el 1° de marzo de 2000 (fl. 149); **vi)** el demandante se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.** el 05 de octubre de 2000 (fl. 187), el cual se hizo efectivo el 1° de diciembre de 2000 (fl. 190); **vii)** el demandante se trasladó a la AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 09 de agosto de 2002 (fl. 189), el cual se hizo

efectivo el 1° de octubre de 2002 (fl. 190), AFP a donde permanece vinculada y en donde acumuló a 1359,86 semanas cotizada a junio de 2019 (fl. 192).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 AFP, 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 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.

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 y SL1421 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 indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS y posterior traslado de AFP, condenó a las AFP a trasladar los aportes y rendimientos, sin descuentos alguno, hacia **COLPENSIONES**, a quien ordenó a reactivar la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.**

El apoderado de la demandada **PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la condena a la

devolución de gastos de administración. Indicó que dichos gastos se efectuaron conforme Ley y que de ordenarse su devolución debe ordenarse a la demandante retornar los rendimientos so pena de un enriquecimiento sin justa causa.

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que el demandante no cumple los requisitos para su retorno al RPM en cualquier tiempo, no acreditó vicio del consentimiento o dolo ya que no tenía expectativa legítima al momento del traslado, la inconformidad del monto de la pensión no es prueba de engaño o información equivocada, el actor demostró conocer elementos esenciales del RAIS, por lo cual no existen presupuestos para declarar la nulidad o ineficacia del traslado.

El apoderado de la demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la condena a devolver los ejercicios financieros, por cuanto afirmó que trasladó todos los valores de la CAIP hacia **PROTECCIÓN S.A.** y que por ende no queda ningún rendimiento en su poder.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que los apoderados de las AFP demandadas en sus alegatos de conclusión, presentaron argumentos que en su momento no fueron incluidos en la sustentación del recurso de apelación, por tanto, esta Corporación se abstendrá de pronunciarse sobre los mismos habida cuenta que es lo dicho en el recurso de apelación lo que fija la competencia del Juez colegiado conforme el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS.

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 y SL3464 de 2019.

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 la sentencia SL1689 de 2019, 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.

En el presente asunto, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a la AFP DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** efectuada el 1° de noviembre de 1995 (fl. 185), el demandante hubiera recibido 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 puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que las AFP no demostraron que

cumplieron dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

No desconoce esta Sala que el demandante realizó numerosos traslados de AFP, así mismo, que en su interrogatorio de parte hizo referencia a ciertas características del RAIS como la posibilidad de pensionarse a una edad anticipada o de heredar los saldos de su CAIP, sin embargo, tales circunstancias no demuestran el cumplimiento diligente de las AFP de su deber de asesoría e información.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PROTECCIÓN S.A.** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta y que a su vez fue objeto del recurso de apelación, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, según el tiempo de vinculación del demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

De otra parte, se declarará 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 lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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

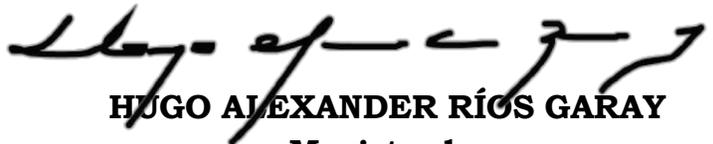
PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, los gastos de administración, debidamente indexados y por el tiempo de vinculación del demandante, los cuales deben asumir 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 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, conforme la parte considerativa de esta providencia.

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

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0193-2020

Radicado N° 26 2019 00591 01

Bogotá once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **PORVENIR S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta concedido a **COLPENSIONES**, contra la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y condenó al fondo demandado a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARTHA LUCIA RAMIREZ ROMERO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PORVENIR S.A. 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 y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 8 de noviembre de 1958, que realizó cotizaciones al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES desde el 13 de noviembre de 1986 hasta el 30 de septiembre de 1999 para un total de 776 semanas, que el 1° de septiembre de 2000 se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A., que al momento del traslado los asesores del fondo realizaron una reunión general en las instalaciones de la Clínica Palermo, donde laboraba en ese momento, y les dijeron que las condiciones pensionales en dicho fondo eran mejores, que no recibió ningún tipo de asesoría ni información adicional relacionada con las ventajas o desventajas del traslado de régimen en su situación particular, que PORVENIR realizó una simulación pensional en la cual proyectó el valor de la mesada pensional, cotizando el 100% del tiempo, para cuando cumpliera 60 años de edad, y la mesada equivaldría a la suma de \$1.334.200, que la proyección pensional en el RPM, teniendo en cuenta los últimos 10 años, a los 58 años de edad sería por valor de \$3.588.827, que el 13 de diciembre de 2016 solicitó a PORVENIR la nulidad de su afiliación a dicha entidad y ésta fue resuelta desfavorablemente y que el 19 de enero de 2017 presentó ante COLPENSIONES solicitud de nulidad de traslado al RAIS y afiliación al RPM, la cual fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, afiliación de la demandante, la solicitud de nulidad del traslado y la respuesta a esta solicitud, frente a los demás hechos manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de

prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (fls. 167 a 170).

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha del traslado de régimen pensional, la proyección de la mesada pensional y el derecho de petición presentado, frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción de la acción que persigue la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir, inexistencia del perjuicio alegado, ausencia de responsabilidad atribuible a mi representada, buena fe e inexistencia de la obligación (fls. 134 a 151).

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 23 de octubre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los valores que hubiera recibido con ocasión de la afiliación de la demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO. DECLARAR INEFICAZ el traslado efectuado por la señora MARTHA LUCIA RAMIREZ ROMERO, identificada con CC. N° 41.796.643, al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a partir del 1° de noviembre de 2000. **SEGUNDO.** CONDENAR a la administradora de pensiones del RAIS PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes hechos por la señora MARTHA LUCIA RAMIREZ ROMERO, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a cobro de gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **TERCERO:** CONDENAR a COLPENSIONES para que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **CUARTO.** CONDENAR en costas a la

demandada PORVENIR S.A. Fijese como agencias en derecho la suma de \$600.000”

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 en el presente asunto, la AFP demandada debía acreditar el cumplimiento del deber de información en el momento en que se efectuó el traslado de la demandante pero no aportó prueba alguna en este sentido y por ello el traslado efectuado es nulo.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR** pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que el formulario de afiliación suscrito por la demandante es totalmente válido en cuanto allí se encuentra reflejada la decisión libre y voluntaria de la actora de pertenecer al RAIS y donde certificó con su firma, que se le informaron las particularidades de su caso por ser beneficiaria del régimen de transición, dice que de todas formas para la fecha en que la actora se trasladó no existía obligación para las AFP de documentar la información suministrada a sus futuros afiliados y que las consecuencias del traslado de régimen de pensional están claramente previstas en la ley y su desconocimiento no sirve de excusa. Subsidiariamente solicita que no se ordene la devolución de los gastos de administración como lo dispuso la sentencia de primera instancia, en cuanto este descuento se realiza por mandato legal y por la administración de los aportes de la demandante durante su tiempo de afiliación a la entidad y en virtud de dicha administración se generaron los rendimientos de la cuenta de la actora.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó

alegaciones solicitando que se revoque la decisión de primera instancia, pues la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, como refiere, en cuanto si bien tenía más de 35 años de edad al 1° de abril de 1994, perdió dicho beneficio con el traslado al no acreditar 15 años de servicios o cotizaciones a esa mismas fecha, que las consecuencias del traslado están claramente definidas en la Ley y la demandante manifestó su voluntad con la suscripción del formulario y por ello no es procedente la ineficacia declarada.

Por su parte el apoderado de la parte demandante pide en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto se dan los presupuestos definidos por la jurisprudencia para que opere la ineficacia del traslado.

La AFP PORVENIR por su parte solicitó que revóquela decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Teniendo en cuenta 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 ello, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, 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 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.

VII. 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.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 8 de noviembre de 1958 (fl. 22); **ii)** que realizó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES desde el 13 de noviembre de 1986 hasta el 30 de septiembre de 2000 para un total de 424.43 semanas (fl. 176), **iii)** que se trasladó del RPM al RAIS administrado por la AFP PORVENIR el 1° de septiembre de 2000 (fl. 155); **iv)** que el 26 de agosto de 2016 solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fls. 82 a 84).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección 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. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, 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.

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

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.

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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARTHA LUCIA RAMIREZ ROMERO se trasladó a la AFP PORVENIR a partir del 1° de septiembre de 2000 (fl. 155), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy 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. Al efecto nada se extrae del testimonio rendido por CLAUDIA MARCELA LAMUS (CD. 6 min. 06:58) y MONICA NIÑO MALAGON (CD. 6 min. 17:48), pues éstas solo manifestaron al efecto conocer a la demandante por haber laborado juntas en la Clínica Palermo, que asesores de Porvenir habían realizado una reunión general en las instalaciones de la clínica donde las invitaron a trasladarse de régimen pensional, les dijeron que las condiciones en el fondo privado eran muy buenas pues tendrían mesadas más altas y tenían un respaldo real de su ahorro en cuanto

en el ISS la pensión era incierta porque la entidad se iba acabar, dicen que no recibieron información detallada ni personalizada 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 PORVENIR S.A. 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 PORVENIR S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Como la Sala declarará la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, esto conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para

PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM.

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 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 los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, 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 juez de primera instancia así lo definió se confirmará la sentencia en este punto.

Sobre la obligación aquí definida a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para dar cumplimiento a la obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, 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 la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0181-2020

Radicado N° 26-2017-00693-01

Bogotá, once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandante **LUZ MARINA SIERRA FAJARDO**, en contra de la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2019, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante (fl. 135, 42:41 cd fl. 134).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 03 a 16, 44 a 55).**

LUZ MARINA SIERRA FAJARDO solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, en consecuencia, ordenar a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y ordenar a la AFP a devolver los aportes con sus rendimientos, frutos y sin cobro de gastos de administración, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 14 de enero de 1964; que se afilió al RPM desde el 15 de febrero de 1988 a través del

extinto ISS hoy **COLPENSIONES**; que en 1999 se trasladó mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, sin que dicha AFP brindara información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Afirmó que el 09 de febrero de 2017, presentó reclamación a **COLPENSIONES** solicitando tener por ineficaz el traslado y reactivar su afiliación al RPM, la cual se resolvió de forma negativa, así mismo, el 12 de mayo de 2017 solicitó a su AFP la nulidad de su afiliación y su retorno al RPM, sin obtener respuesta alguna.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **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 y que se afilió a la AFP. Indicó que explicó los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el RAIS y los factores que inciden en el monto de la misma, tras lo cual la demandante ase afilió de forma libre y voluntaria previa asesoría integral de todos los aspectos del RAIS, sin que aporte prueba de ninguna causal de nulidad ni de mala fe del Fondo y sin que aplique el precedente jurisprudencial porque no se generó ninguna lesión por su traslado de régimen. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica (fl. 72 a 77).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la accionante, que estuvo afiliada en el RPM y que presentó solicitud que le fue rechazada. Indicó que la afiliación a la AFP es válida porque la demandante no acreditó causal de nulidad, no cumple los requisitos para su retorno al RPM en cualquier tiempo y esta cobijada por la restricción por edad, por lo que acceder a ello implica descapitalizar el RPM. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripc

ión, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la declaratoria de otras excepciones (fl. 97 a 100).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 135, 42:41 cd fl. 134).

El 16 de diciembre de 2019, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la demandante. Fijándose como agencias en derecho la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000). (…)”

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si procede declarar nulo o ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante y si en consecuencia corresponde a la AFP trasladar los aportes y rendimientos a **COLPENSIONES** y a esta a tener como afiliada a la demandante y demás pretensiones.

Para resolver indicó que la H. CSJ indicó que la nulidad del traslado ha de analizarse bajo la óptica de la ineficacia, conforme los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, que imponen a la AFP el deber de brindar la suficiente información para que el afiliado adopte una decisión autónoma e informada sobre el traslado de régimen y los alcances de dicha decisión en su caso particular, sin que se acredite dicho deber con el solo formulario de afiliación. Señaló que para 1999, no existía el deber de realizar proyecciones pensionales o cálculos, solo debían explicarse las condiciones y características de cada régimen y sus ventajas y desventajas, siendo que la demandante y la testigo manifestaron en su interrogatorio que su empleador permitió el ingreso de los asesores de los fondos, indicando características propias del RAIS como la posibilidad de heredar los saldos de la cuenta individual, que los Fondos podrían invertir los saldos, que podrían pensionarse antes de edad con el ahorro y que este influye en su derecho pensional, lo que permite inferir que si se le brindó la información necesaria para que tomara una decisión consciente sobre su futuro pensional, acreditándose que se le explicó que su pensión dependería de su ahorro y que sus aportes serían invertidos, por tanto,

existió convencimiento debidamente informado y absolvió a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **LUZ MARINA SIERRA FAJARDO** solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que no existió convencimiento informado, porque la demandante no diligenció el formulario, solo lo firmó, además aparecen dos formularios, uno de ellos sin fecha y sin beneficiarios, lo que evidencia inconsistencias; de otra parte, la demandante no recibió una explicación de cómo eran los regímenes pensionales, no se cumplieron los beneficios prometidos y no se le explicaron los riesgos del traslado, porque solo se le informaron aspectos positivos, pero no las condiciones para lograrlos, ni recibió información sobre el RPM y que este continuaría a pesar de la liquidación del ISS, por tanto, el formulario no demuestra que la demandante tuviera pleno conocimiento de las consecuencias del traslado y a pesar de no tener régimen de transición tiene derecho a la protección derivada del cumplimiento del deber de información (43:17 cd fl. 134).

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 la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S.J., quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó confirmar la sentencia, por cuanto los medios de prueba documental acreditar que el traslado de régimen fue libre y voluntario y que recibió información clara y precisa sobre los efectos jurídicos del mismo, ya que no se demostró vicio del consentimiento y no desvirtuó la presunción de buena fe del fondo y permitir su retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Por su parte, el apoderado principal de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto no se acreditó vicio del consentimiento ni causal de nulidad, no procede aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no se demostró causal de ineficacia conforme el artículo 899 CCO,

siendo que si se acreditó la voluntad de permanencia en el RAIS con el formulario de afiliación y los años de permanencia, no se pueden imponer cargas no vigentes a la fecha de traslado, de forma subsidiaria, solicitó aplicar el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, para determinar los valores que deben ser devueltos por la AFP y el artículo 1746 CC ordena la devolución de los gastos de administración solo cuando se acredita mala fe, lo cual no ocurrió, por ende, no procede la devolución de gastos de administración y primas de seguro, porque no pertenecen al afiliado y no financian su pensión, además que se desfinanciaría el sistema permitiendo el retorno al RPM. Agotado el término legal, el **DEMANDANTE** se abstuvo de presentar alegatos.

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 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **LUZ MARINA SIERRA FAJARDO** nació el 14 de enero de 1964 (fl. 17, 26); **ii)** la demandante estuvo afiliado al extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 15 de febrero de 1988 al 30 de septiembre de 1999, acumulando 584,86 semanas conforme su historia laboral (fl. 101); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** el 31 de agosto de 1999 (fl. 79), el cual se hizo efectivo desde el 1° de octubre de 1999 (fl. 80), AFP a donde permanece vinculada.

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 AFP, 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 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.

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 y SL1421 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 consecuencia de la decisión. También indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia absolvió a las demandadas de las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

La apoderada de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que no existió convencimiento informado ya que no recibió una explicación sobre los regímenes pensionales, no se cumplieron los beneficios prometidos y no se le indicaron los riesgos del traslado ya que solo se mencionaron aspectos positivos, pero no las condiciones para lograrlos ni información sobre el RPM, por tanto,

no tuvo pleno conocimiento de las consecuencias del traslado, ello sin contar con las inconsistencias del formulario de afiliación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante indicar 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 y SL3464 de 2019.

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 la sentencia SL1689 de 2019, 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.

En el presente asunto, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a **PORVENIR S.A.** efectuada el 31 de agosto de 1999 (fl. 79), la demandante hubiera recibido 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 puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Ahora bien, no desconoce la Sala que la demandante, en su interrogatorio de parte, realizó manifestaciones que permite entrever un conocimiento sobre aspectos básicos del RAIS, como lo es que el ahorro acumulado tiene incidencia en el monto pensional, así como que las AFP invierten los saldos de la CAIP con el objetivo de incrementar los mismos, sin embargo, dicho conocimiento es insuficiente y no se equipara a un entendimiento integral y completo de las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro, ya sea al momento del traslado o en oportunidades posteriores.

Así las cosas, esta Sala revocará la decisión en primera instancia y en su lugar declarará la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante hacia **COLPENSIONES**.

Respecto de los gastos de administración y comisiones, debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR S.A.**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos

deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

De otra parte, se declarará 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 lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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 la AFP demandada, por cuanto se declara la ineficacia del traslado debido a que dicho Fondo no acreditó el cumplimiento diligente del deber de información con la 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: 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 **LUZ MARINA SIERRA FAJARDO**, 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 los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir 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.

TERCERO: 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.

CUARTO: costas de primera instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0194-2020

Radicado N° 29 2018 00556 01

Bogotá once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR S.A.** contra la sentencia proferida el 29 de enero de 2020, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del actor y en consecuencia, condenó a **PORVENIR S.A.** a trasladar todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación del demandante, a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliado del RPM al demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JULIO CESAR BAEZ FLOREZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, 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 y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliado al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 13 de marzo de 1956, que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 7 de febrero de 1977 hasta el 31 de agosto de 2000 para un total de 502,14 semanas, que en agosto de 2000 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR, que no recibió información sobre las implicaciones y consecuencias positivas y negativas del traslado y en general no se dio ningún tipo de asesoría sobre su permanencia en el RAIS. Afirma que el 16 de julio de 2018 solicitó a la AFP demandada su desvinculación del RAIS y a la fecha tal petición no ha sido resuelta, así mismo el 22 de mayo de 2018 solicitó a COLPENSIONES su vinculación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, traslado de régimen y solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe de Porvenir, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, prescripción de la acción adjetiva que pretende atacar la validez de la afiliación y ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada (fls. 66 a 82).

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, afiliación al ISS y solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (fls. 93 a 101).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 29 de enero de 2020, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del actor y en consecuencia, condenó a PORVENIR a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliado del RPM al demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del traslado del señor JULIO CESAR FLOREZ BAEZ identificado con CC. N° 19.308.520, realizada por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y suscrita el 8 de agosto de 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 lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con prestación definida. **SEGUNDO: ORDENAR** 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 demandante JULIO CESAR FLOREZ BAEZ, como cotizaciones, rendimientos, igualmente devolver las cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia. **TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. **CUARTO: SIN CONDENA** en costas. **QUINTO: CONSULTA** la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada COLPENSIONES, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS”.

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que en el presente asunto, la AFP demandada tenía la carga de probar el cumplimiento al deber de información, lo cual no ocurrió, pues no se aportó prueba alguna al efecto. Concluyó que en consonancia con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos procede la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada PORVENIR interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Fundamentó su recurso en que es improcedente la ineficacia de traslado definida por el juez de primera instancia, pues el acto del traslado de régimen pensional fue un acto libre y voluntario del actor y así lo manifestó al suscribir el formulario, donde además aceptó haber recibido la debida asesoría. Dice además que prueba de que el demandante recibió información clara y suficiente sobre las implicaciones del traslado es que éste hizo uso del derecho de retracto, como se deduce de los formularios suscritos, que de todas formas no era obligación de la entidad para el momento en que se concretó el traslado, documentar la asesoría brindada a los futuros afiliados. Sobre la carga de la prueba manifiesta que quien debe probar los hechos que configuran el derecho es el demandante y no la entidad y que el actor no puede alegar su propia culpa para obtener un beneficio respecto de una decisión que aduce no le era conveniente. Finalmente refiere que es improcedente la devolución de los gastos de administración en cuanto éstos se causaron por la labor ejecutada por la AFP y que su devolución pone en riesgo la estabilidad de la compañía en cuanto corresponde a una labor de administración efectivamente realizada durante el tiempo que el actor estuvo afiliado al fondo.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia, con fundamento en que no se acreditó la existencia de vicios en el consentimiento para que opere la nulidad alegada, que además el actor no es beneficiario del régimen de transición y por ello no es procedente su regreso al RPM.

El apoderado de la AFP PORVENIR presentó alegatos. Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante, no presentó alegaciones en segunda instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Teniendo en cuenta 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 ello, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, 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 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 COLPENSIONES.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado pensional 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.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 13 de marzo de 1956 (fl. 19); **ii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 7 de febrero de 1977 hasta el 31 de agosto de 2000 un total de 502,14 (fl. 113); **iii)** que el 15 de agosto de 2000 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR (fl. 109); **iv)** que el 16 de julio de 2018 solicitó a PORVENIR su retiro del RAIS (fls. 2 a 9); **v)** y que el 22 de mayo de 2018 solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM y ésta fue resuelta desfavorablemente (fls. 10 y 11).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección 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. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, 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.

Concomitante con lo anterior, el 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 en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, 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 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.

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 consecuencia 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.

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.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor JULIO CESAR FLOREZ BAEZ se trasladó a la AFP PORVENIR el 18 de agosto de 2000, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy 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. Si bien la apoderada de la AFP demandada aduce en el recurso que prueba de que el actor recibió la información debida es que hizo uso del derecho de retracto, lo cierto es que no hay prueba en el expediente que así lo acredite, pues los formularios de afiliación a los que hace referencia nada establecen sobre el uso de tal derecho, ni refieren que el actor hubiera considerado su no afiliación, ni que la suscripción de tres formularios en fechas distintas se diera por las dudas del actor respecto de materializar su traslado de régimen pensional y menos que estas fueran absueltas por la AFP demandada brindando la información requerida, pues nada se dice sobre el particular, solo obra copia de distintos formularios de afiliación (fls. 109, 112 y 114).

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 del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PORVENIR S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará 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 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 los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, 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 juez de primera instancia así lo definió se confirmará la sentencia en este punto.

Además de lo anterior, 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.

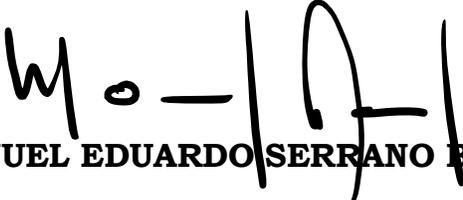
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0196-2020

Radicado N° 29 2019 00758 01

Bogotá once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a **COLPENSIONES** sobre la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2020, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a **COLFONDOS S.A.** a trasladar todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la demandante, a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tenerla como afiliada del RPM.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ALBA PATRICIA GUEVARA LEON, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, y **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, 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 y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 6 de junio de 1962, que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 3 de agosto de 1990 hasta el 30 de septiembre de 1999 para un total de 275.43 semanas, que el 1° de octubre de 1999 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS, que no recibió de esta entidad información sobre las implicaciones y consecuencias positivas y negativas del traslado, ni fue informada que tendría la posibilidad de retornar al RPM antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad de pensión. Afirma que el 20 de septiembre de 2019 solicitó a COLFONDOS que declarara la ineficacia de su traslado de régimen pensional y el 19 de octubre de 2019 realizó dicha solicitud a COLPENSIONES.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **AFP COLFONDOS S.A.**, mediante escrito presentado el 7 de febrero de 2020 de allanó en su totalidad a las pretensiones de la demanda (fl. 102).

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, afiliación al ISS y solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 106 a 111).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 4 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a

COLFONDOS a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tenerla como afiliada del RPM. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*“**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional que hiciere la señora ALBA PATRICIA GUEVARA LEON identificada con CC. N° 51.681.794 ante COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 1° de octubre de 1999, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ALBA PATRICIA GUEVARA LEON, por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia. **TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto de cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. **CUARTO:** Sin condena en costas. **QUINTO:** CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada COLPENSIONES, en los términos del artículo 69 del CPT y SS.”.*

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 en el presente asunto, la AFP demandada tenía la carga de probar el cumplimiento al deber de información, lo cual no ocurrió, pues no se aportó prueba alguna al efecto. Concluyó que en consonancia con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos procede la ineficacia del traslado.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó

alegatos. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia, con fundamento en que no se acreditó la existencia de vicios en el consentimiento para que opere la nulidad alegada y además que el demandante está inmerso dentro de una prohibición legal para regresar al RPM.

Los apoderados de la AFP COLFONDOS y la parte demandante no presentaron alegaciones de segunda instancia.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Teniendo en cuenta 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 ello, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, 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 del CPT y SS, procede a estudiar en consulta a favor de COLPENSIONES la presente sentencia.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado pensional 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.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 6 de junio de 1962 (fl. 23); **ii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 3 de agosto de 1990 hasta el 30 de septiembre de 1999 para un total de 275.43 semanas (fl. 37); **iii)** que el 1 de octubre de 1999 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS (fl. 43); **iv)** que el 19 de octubre de 2019 solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM (fls. 12 a 14).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección 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. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, 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.

Concomitante con lo anterior, el 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 en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, 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 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.

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 consecuencia 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.

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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora ALBA PATRICIA GUEVARA LEON se trasladó a la AFP COLFONDOS el 1° de octubre de 1999, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy 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.

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 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 del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreado para COLFONDOS S.A., la obligación de devolver los

aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará 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 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 los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, 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).

Dado que la juez de primera instancia no definió la devolución de los gastos de administración, para mejor proveer la Sala adicionará el numeral segundo de la sentencia y definirá la condena como corresponde.

Además de lo anterior, 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 el cual quedará de la siguiente forma: ORDENAR a la **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** transferir a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo los rendimientos generados por éstos en dicho Fondo y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración debidamente indexados los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos.

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 la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0195-2020

Radicado N° 32 2018 00510 01

Bogotá once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandante, sobre la sentencia proferida el 10 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ENRIQUE GUERRERO CORREA, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada, al reconocimiento y pago del incremento del 14%, por su compañera Martha Lucia Novoa y del 7% por su hija menor Valentina Guerrero Novoa, quienes dependen económicamente del pensionado, al reconocimiento y pago de la respectiva retroactividad de los

incrementos debidamente indexados, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en que la entidad demandada mediante Resolución N° 103980 del 12 de agosto de 2010 le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de agosto de 2010, que convive con su compañera desde hace más de 30 años y que ésta y su hija menor dependen económicamente de él; que solicitó a la demandada el incremento pensional del 14% y 7% y esta solicitud fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho reclamado (fls. 32 a 41).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 10 de julio de 2020, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*“**PRIMERO:** DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado formulada por la demandada COLPENSIONES, conforme las consideraciones expuestas. **SEGUNDO:** ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante ENRIQUE GUERRERO CORREA. **TERCERO:** Sin costas. **CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión y al ser totalmente desfavorable al demandante remítase el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta”.*

Como fundamento de la decisión, indicó que de acuerdo a lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019

los incrementos pensionales perdieron vigencia con la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993 y por ello no procede el reconocimiento del derecho que se reclama.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante en sus alegatos de conclusión, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se ordene el reconocimiento de los incrementos reclamados en cuanto se dan los presupuestos definidos en la norma para su reconocimiento. La parte demandada no presentó alegaciones en esta instancia.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa al demandante, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, 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 del CPT y de la SS, procede a estudiar en consulta el asunto de la referencia.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Estudia la Sala si en el presente asunto, procede el reconocimiento del incremento pensional del 14% en favor del demandante.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante Resolución N° 103980 del 12 de agosto de

2010 la entidad demandada reconoció pensión de vejez al demandante a partir del 1° de agosto de 2010 (fl. 16); **ii)** que Valentina Guerrero Novoa es hija del demandante y nació el 29 de agosto de 2000 (fl. 12); y **iii)** que mediante comunicación del 21 de mayo de 2018 solicitó a la demandada el reconocimiento del incremento pensional del 14% (fl. 15).

Para resolver la controversia, advierte la Sala que la Corte Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, dispuso: *“con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993, entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mentado 1° de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril de 1994”*.

Si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, no perdió vigencia a la entrada de la Ley 100 de 1993, tal y como se ha dicho en las sentencias con Rad. 21517 del 27 de julio de 2005 MP. Isaura Vargas Díaz y del 5 de diciembre de 2007, Rad 29751 MP Luis Javier Osorio López, lo cierto es que, con la reciente decisión la Corte Constitucional dispuso que los incrementos previstos en el Decreto 758 de 1990, **sí fueron derogados** por la Ley 100 de 1993 y dado que es este el órgano competente para decidir sobre la vigencia y exequibilidad de las normas legales, por ello se confirmará la sentencia apelada por las razones aquí expuestas.

Así las cosas, el derecho reclamado en este proceso no puede causarse por falta de supuesto normativo, razón por la cual, como ya se dijo, se confirmará la decisión de primera instancia que negó los incrementos reclamados.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

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 aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrado


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0179-2020

Radicado N° 35-2018-00541-01

Bogotá, once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 04 de junio de 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró nulo el traslado del RPM al RAIS de la demandante y ordenó a **PORVENIR S.A.** a devolver aportes y rendimientos, sin descuentos por gastos de administración, hacia **COLPENSIONES**, última a quien ordenó a activar la afiliación al RPM y condenó en costas a **PORVENIR**.

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA.**

MERCEDES DEL CARMEN ESPITIA OCHOA solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y de los posteriores traslados a

COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL S.A. y a la propia **PORVENIR S.A.**; en consecuencia, ordenar a **PORVENIR S.A.** retornar todos los valores de su CAIP, con sus frutos e intereses, hacia **COLPENSIONES** y a esta última a reactivar su afiliación sin solución de continuidad, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 10 de abril de 1962; que se afilió desde el 1° de noviembre de 1981 al RPM administrado por el extinto ISS, donde acumuló 574 semanas; que en abril de 1999 se trasladó el RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, posteriormente en agosto de 2007 se trasladó a **COLFONDOS S.A.**, en abril de 2009 a **OLD MUTUAL S.A.** y en mayo de 2010 a la propia **PORVENIR S.A.**, sin que dichas AFP brindaran información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Afirmó que el 12 de julio de 2018, solicitó a su actual AFP su regreso al RPM, solicitud que fue rechazada, presentado el 13 de julio de 2019 solicitud a **COLPENSIONES** de nulidad de su traslado de régimen, que fue rechazada. Señaló que **PORVENIR S.A.** realizó proyección pensional de que su mesada en el RAIS será de \$781.242, mientras que en el RPM sería de \$1.782.802. 152

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó como ciertos la edad del demandante y que **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** negaron sus peticiones, así como las proyecciones pensionales. Indicó que su afiliación fue por traslado de AFP y no de régimen pensional, siendo libre e informada, en todo caso, señaló que la demandante no acreditó vicio del consentimiento al momento de su traslado, dejando constancia expresa de su consentimiento informado en los formularios. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica. 226

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad del

demandante y que fue afiliado de la AFP. Indicó que brindó asesoría completa e integral sobre las implicaciones de traslado de AFP y características del RAIS, tras lo cual suscribió el formulario; señaló que no se acreditó vicio del consentimiento. 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 afiliación al RAIS y la genérica. 281

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó como ciertos los hechos relativos a la edad de la demandante, que negó su solicitud de regreso al RPM y que efectuó proyección pensional. Indicó que dio a conocer al demandante las características del RAIS y sus diferencias con el RPM, tras lo cual decidió trasladarse de régimen, el cual se realizó cumpliendo la normatividad vigente de ese entonces, sin que la demandante acredite engaño y omisión, siendo que éste evidenció actos que acreditan su voluntad de permanecer en el RAIS como lo fue el traslado de AFP. Interpuso las excepciones de buena fe, prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, enriquecimiento sin causa, inexistencia de vicio del consentimiento, debida asesoría del fondo y la genérica. 304

Finalmente, por auto del 09 de diciembre de 2019, se tuvo por no contestada la demanda por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**. 353

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El 04 de junio de 2020, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR NULO el traslado efectuado por la señora **MERCEDES DEL CARMEN ESPITIA OCHOA** al régimen de ahorro individual con solidaridad y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP PORVENIR S.A., a la que se encuentra afiliado actualmente a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos.*

SEGUNDO: *CONDENAR a Porvenir, a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración, conforme al tiempo de que permaneció afiliado el actor en el Régimen de Ahorro Individual, como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.*

TERCERO: *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliarse a la demandante **MERCEDES DEL CARMEN ESPITIA OCHOA** al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.*

CUARTO: *CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de Colpensiones, COLFONDOS y OLD MUTUAL.*

QUINTO: *En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta (...)*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si se debe declarar la nulidad del traslado de la demandante y si como consecuencia de ello se deben trasladar los aportes y sus rendimientos a Colpensiones y si hay lugar a la condena en costas.

Para resolver indicó que la demandante solicitó la ineficacia del traslado del RPM al RAIS en junio de 1999, alegando la omisión del deber de información, siendo que la H. CSJ ha establecido que existe inversión de la carga de la prueba de la AFP de demostrar que si brindó adecuada y completa asesoría como entidad experta, sobre las ventajas y desventajas del traslado del régimen y sus efectos concretos en el caso particular, deber que cumple todas las etapas, desde antes de la afiliación y durante su vinculación, sin que fuera obligación del afiliado ir a averiguar porque el deber era del Fondo frente su afiliado lego, en temas como capital ahorrado o forma de cálculo de la mesada, so pena que la insuficiencia de la información y la falta de prueba del cumplimiento diligente de dicho deber genere la ineficacia. En este caso las AFP no demuestran el cumplimiento de dicho deber, porque

el mismo no se acredita con el formulario de afiliación, mientras que la demandante demostró el perjuicio al recibir una mesada inferior. Así las cosas, declaró la ineficacia, ordenó trasladar los aportes, con sus rendimientos y devolver gastos de administración con cargo a sus recursos, hacia **COLPENSIONES**, a quien ordenó reactivar la afiliación al RPM y condenó en costas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Indicó que la demandante confesó que su traslado de régimen no fue por la falta de asesoría sino por presiones de su empleador, así mismo, el Decreto 2241 de 2010 estableció los deberes del consumidor financiero de emplear la adecuada atención y cuidado en sus decisiones y que las mismas en temas pensionales implican la aceptación de las consecuencias derivadas de las mismas y que el silencio se equipara a aceptación; de otra parte, afirmó que permitir el retorno al RPM genera un detrimento patrimonial, que la demandante no retornó cuando por edad podía hacerlo y que hay imposibilidad de acreditar las asesorías verbales que recibió.

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia. Indicó que la demandante confesó que conoce como se financia la mesada en el RAIS con aportes, rendimientos, aportes voluntarios y bono pensional. Afirmó que los múltiples traslados de AFP demuestran que aceptó las características del RAIS y también saneó cualquier anomalía generada durante su traslado, siendo que tales traslados fueron por omisiones en información sobre el bono pensional o rendimientos, pese lo cual nunca decidió retornar al RPM, sin que pueda declararse ninguna nulidad. De forma subsidiaria solicitó revocar la condena al pago de gastos de administración o la disminución del capital para el financiamiento pensional, por cuanto la demandante no estuvo afiliada en una sola AFP y además ello desconoce la contraprestación por la administración profesional de sus aportes y genera un enriquecimiento sin justa causa.

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 **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto las demandadas no acreditaron el incumplimiento del deber de asesoría e información. La apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Leidy Carolina Fuentes Suárez, identificada con CC 1.049.614.551 y T.P. 246.554 C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha demandada, quien solicitó acceder al recurso de apelación, solicitando no aplicar el precedente de la H. CSJ porque el retorno al RPM esta restringido por edad, no se acredita vicio del consentimiento, no procede la inversión de la carga de la prueba, el deber de información se impuso hasta la Ley 1748 de 2014, al demandante era profesional, no se aplican en su integridad las normas civiles e implica la descapitalización del Sistema. Por su parte, la Dra. Daniela García Campos, identificada con C.C. 1.019.096.074 y T.P. 325.666 C.S.J., en su calidad de representante legal de la demandada AFP OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.**, solicitó revisar la sentencia a fin de evitar adiciones de las condenas por conceptos a devolver a **COLPENSIONES**, en virtud del principio de la no reformatio in pejus, la imposibilidad de reintegrar los gastos de administración, los cuales tienen causa legal y corresponden al 3% en ambos regímenes y tienen destinación específica. Por su parte, la demandada **PORVENIR S.A.** otorgó poder especial a la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS SAS, identificada con NIT 830.515.294, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder a la Dra. Juanita Alexandra Silva Téllez, identificada con CC 1.023.967.067 y TP 334.300 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha demandada, quien solicitó revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto se acreditó la libertad del traslado, el cual cumplió las exigencias legales y la demandante confesó un completo conocimiento del funcionamiento del RAIS, sin que exista posición dominante de la AFP y sin que la demandante decidiera retornar al RPM, sin que la controversia sobre el monto pensional se equipare a

vicio de la voluntad. Agotado el término de traslado, la demandada **COLFONDOS S.A.** se abstuvo de presentar 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 inferirse 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 CPT y de la SS, 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 dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *i)* la demandante **MERCEDES DEL CARMEN ESPITIA OCHOA** nació el 10 de abril de 1962; *ii)* la demandante estuvo afiliada al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 1° de febrero de 1983 al 30 de abril de 1999, acumulando 489 semanas conforme su historia laboral; *iii)* la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** el 23 de junio de 1998, el cual se hizo efectivo desde el 1° de junio de 1999; *iv)* la demandante se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 21 de marzo de 2000, el cual se hizo efectivo el 1° de mayo de 2000; *v)* la

demandante se trasladó a **COLFONDOS S.A.** el 25 de julio de 2007, el cual se hizo efectivo el 1° de septiembre de 2007; **vi)** la demandante se trasladó a la AFP OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** el 26 de febrero de 2009, el cual se hizo efectivo el 1° de abril de 2009; **vii)** la demandante se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 16 de marzo de 2010, el cual se hizo efectivo el 1° de mayo de 2010, AFP donde permanece vinculada y donde acumula 1.546 semanas a junio de 2018.

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

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993, *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 AFP, 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 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.

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 y SL1421 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 indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró nulo el traslado del RPM al RAIS de la demandante y ordenó a **PORVENIR S.A.** a devolver aportes y rendimientos, sin descuentos por gastos de

administración, hacia **COLPENSIONES**, última a quien ordenó a activar la afiliación al RPM y condenó en costas a **PORVENIR**.

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Afirmó que la decisión del traslado de régimen no fue por falta de asesoría sino presiones del empleador, que la demandante no cumplió sus deberes como consumidora financiera ni retornó al RPM cuando podía hacerlo, es imposible acreditar las asesorías verbales que recibió y que permitir su reingreso al RPM implica un detrimento patrimonial.

El apoderado de la demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Afirmó que la demandante confesó conocer el financiamiento pensional en el RAIS, que sus múltiples traslados de AFP son prueba de que aceptó las características de dicho régimen y saneo cualquier anomalía, sin que nunca decidiera retornar al RPM; de forma subsidiaria, solicitó revocar la condena a devolver gastos de administración o la disminución del capital para financiamiento pensional, porque la demandante no estuvo afiliada a una sola AFP, se desconoce la contraprestación por un servicio y se genera un enriquecimiento sin justa causa.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar 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 y SL3464 de 2019.

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 la sentencia SL1689 de 2019, 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.

En el presente asunto, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** efectuada el 23 de junio de 1998, la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita solo con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Ahora bien, no desconoce la Sala que la demandante, en su interrogatorio, indicó de forma expresa que en el RAIS su pensión se financia con aportes, rendimiento y el bono pensional, que su ahorro individual genera rendimientos y reconoció conocer el concepto de aportes voluntarios, sin embargo, ello no se equipara a una prueba

contundente de que se al momento de su traslado de régimen y posteriores traslados de AFP se le hubieran explicado las características y forma de consolidación y liquidación del derecho pensional en el RPM, o sobre la existencia de otros factores que inciden en la determinación del monto de dicho derecho en el RAIS como lo es la expectativa de vida del afiliado y de sus potenciales afiliados, la incidencia de la modalidad pensional escogida, ni muchos menos que se le hubiera realizado un ejercicio comparativo entre ambos régimen y demás aspectos que deben ser informados conforme el antecedente jurisprudencial antes citado, a fin de haberle permitido comparar, de forma integral y completa, las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro, ya sea al momento del traslado o en oportunidades posteriores.

Así las cosas, esta Sala modificará la decisión en primera instancia, a fin de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta y que a su vez fue objeto del recurso de apelación, respecto de los gastos de administración y comisiones, debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por las AFP demandadas, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

De otra parte, se declarará 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 lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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: ACLARAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado del RPM al RAIS que realizó la demandante, conforme la parte motiva de esta providencia. Los demás apartes del precitado numeral se mantienen incólumes.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR a 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 los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, según el tiempo de afiliación de la demandante, debidamente indexados, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: ADICIONAR el numeral sexto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a **COLPENSIONES**, los gastos de administración, según el tiempo de afiliación de la demandante, debidamente indexados, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir todos los valores que le trasladen las AFP demandadas **PORVENIR S.A., SKANDIA S.A.** y **COLFONDOS S.A.** Los demás apartes del precitado numeral se mantienen incólumes

QUINTO: ADICIONAR el numeral séptimo de 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 en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media