



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0198-2020

Radicado N° 03 2019 00079 01

Bogotá dieciocho (18) 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 las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, contra la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2019, por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARTHA YOLANDA ALVAREZ PINZON, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, **SOCIEDAD ADMINISTRADORA**

DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, 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, se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 23 de noviembre de 1964; que realizó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES desde 27 de febrero de 1986 hasta el 21 de febrero de 1996, para un total de 213,71 semanas; que el 1° de febrero de 1996, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PROTECCION; que al momento del traslado no recibió ningún tipo de información sobre las implicaciones y ventajas o desventajas del traslado; que en abril de 1996, se trasladó de la AFP PROTECCIÓN a PORVENIR, sin obtener igualmente información relevante que le permitiera observar las ventajas o desventajas del RAIS frente al RPM; que en agosto de 2006, se trasladó a COLFONDOS y en marzo de 2007 retomó su afiliación a PROTECCION. Manifestó que el 7 de septiembre de 2018 radicó solicitud ante las AFP PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN de la rentabilidad de la cuenta de ahorro, constancia de la asesoría e información suministrada al momento de la afiliación y proyección de la mesada pensional; que al efecto COLFONDOS indicó no tener soporte escrito de la asesoría y PORVENIR y PROTECCIÓN no se pronunciaron dentro del término legal. Dice que el 24 de octubre de 2018 solicitó a las AFP referidas y a COLPENSIONES la ineficacia del traslado de régimen pensional y que éstas fueron atendidas de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y solicitud de información y nulidad de traslado, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como

excepciones propuso la de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 49 a 58).

COLPENSIONES. No se opuso a las pretensiones declarativas. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación al ISS y las reclamaciones presentadas, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios (fls. 94 a 102).

La **AFP COLFONDOS** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación a este fondo y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado (fls. 131 a 152).

La **AFP PROTECCION.** Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la afiliación a este fondo, las reclamaciones presentadas y sus correspondientes respuestas, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (fls. 165 a 188).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 5 de noviembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora incluyendo rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración y declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante MARTHA YOLANDA ALVAREZ PINZON, del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por COLPATRIA, realizado el 19 de enero de 1996, con efectividad a partir del 1 de febrero del mismo año, así mismo la ineficacia de los traslados realizados posteriormente de forma horizontal de Colpatria a Porvenir, el 31 de marzo de 2000, de PORVENIR a COLFONDOS el 29 de junio de 2006, de COLFONDOS a ING el 31 de enero de 2007 y de ING Protección el 31 de diciembre de 2012, para entender vinculada a la demandante en forma válida al régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO.** CONDENAR a PROTECCION PENSIONES Y CESANTIAS SA, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante MARTHA YOLANDA ALVAREZ PINZON por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento que hubiera hecho, bonos pensionales en caso de haberse redimido, así como todos los rendimientos financieros e intereses causados, conforme a la parte motiva de esta providencia. **TERCERO.** ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, a aceptar el traslado de los dineros provenientes de la AFP PROTECCIÓN Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante MARTHA YOLANDA ALVAREZ PINZÓN, como si nunca se hubiere trasladado del régimen de prima media

*con prestación definida y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas cotizadas. **CUARTO.** DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por cada una de las demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva. **QUINTO.** CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las AFP PORVENIR, COLFONDOS Y PROTECCION, las que se tasan en la suma de UN MILLON (\$1.000.000) DE PESOS MCTE, a cargo de cada una. **SEXTO.** En caso de no ser apelada la presente providencia por la demandada COLPENSIONES, remítase al superior para que conozca en el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del CPT y SS.”*

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

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR**, pide que se revoque la decisión de instancia argumentando que el traslado de régimen pensional se dio de manera libre y voluntaria como se demuestra con la firma del formulario de afiliación, dice además que la demandante ratificó su decisión y voluntad de permanecer en el RAIS al efectuar varios traslados entre AFP.

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES**, pide que se revoque la decisión de primera instancia. Fundamentó el recurso en que la decisión de nulidad o ineficacia del traslado de régimen de la demandante afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional, en cuanto ésta constituye una obligación futura para la entidad de

reconocer una pensión a un nuevo afiliado y será la llamada a sufragar los gastos administrativos y cargas prestacionales de la situación pensional de esta persona, lo que afecta gravemente a la entidad.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

El apoderado de la AFP PORVENIR presentó alegaciones. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia reiterando los argumentos expuestos en el recurso. Agrega que no es procedente la devolución de los gastos de administración.

Por su parte la apoderada de la parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, pues las AFP demandadas no probaron el cumplimiento del deber de información en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los apoderados de las restantes AFP no presentaron alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

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

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 23 de noviembre de 1964 (fl. 19); **ii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 27 de febrero de 1986 hasta el 29 de febrero de 1996 para un total de 213.73 semanas (fl. 25); **iii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLPATRIA hoy PORVENIR el 19 de enero de 1996 (fl. 64); **iv)** que el 31 de marzo de 2000 se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 61); **v)** que el 29 de junio de 2006 se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 154); **vi)** que el 31 de enero de 2007 se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN (fl. 196); **vii)** que el 24 de octubre de 2018 solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado y activación de la afiliación en el RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fls. 31, 32 y 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 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 YOLANDA ALVAREZ PINZON se trasladó a AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el 19 de enero 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 la demandante (CD. 4 min. 04:10), pues ésta solo manifestó que asesores de la AFP COLPATRIA en una reunión general les informaron que el ISS se iba acabar y que en el RAIS tendrían mayor respaldo por ser administrados por entidades privadas, y que además tendrían respaldo financiero pero que no les dieron información detallada y concreta sobre las implicaciones del traslado.

Como no obran más pruebas documentales o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLPATRIA hoy PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado las AFP hubieren 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 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 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 segundo de la sentencia y definirá la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP COLFONDOS y PORVENIR 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.

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 la apelación.

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 **AFP PROTECCIÓN 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 disponer que las **AFP PORVENIR** y **COLFONDOS** deberán asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en dichos fondos.

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

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

QUINTO: SIN COSTAS en la apelación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia con base en el precedente de la Sala Laboral de la CSJ, al que esa Corporación asignó carácter obligatorio (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0214-2020

Radicado N° 03 2019 00353 01

Bogotá dieciocho (18) 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 7 de octubre de 2020, por el Juzgado Tercero (3°) 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

PABLO EMILIO BAEZ MORENO, 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 25 de enero de 1963, que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 6 de septiembre de 1982 hasta el 30 de septiembre de 2003 para un total de 592.71 semanas, que el 28 de octubre de 2004 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 4 de abril 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. Frente a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante, su afiliación inicial al ISS y solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y presunción de legalidad de los actos jurídicos (fls. 38 a 57).

La **AFP PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (fls. 84 a 101).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 7 de octubre 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 demandante PABLO EMILIO BAEZ MORENO del Régimen de Prima Media con prestación definida, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado en su momento por COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., realizado el 17 de julio de 2000, así como la ineficacia del traslado horizontal, realizado posteriormente por efecto de la cesión por fusión realizado entre COLPATRIA y HORIZONTE el 29 de septiembre del año 2000 y el traslado horizontal de HORIZONTE a PORVENIR, realizado el 28 de octubre de 2004, para entender vinculado al demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo del traslado del demandante PABLO EMILIO BAEZ MORENO por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno, conforme la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros que efectúe PORVENIR S.A., para que proceda a activar la afiliación del demandante PABLO ERMILIO BAEZ MORENO, como si nunca se hubiese trasladado del RPM y así mismo actualice la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado. **CUARTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción propuestas por las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva. **QUINTO: CONDENAR** en costas, incluidas las agencias en derecho a la AFP PORVENIR, las que se tasan en la suma de \$800.000. **SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente providencia por la demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el

grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del CPT y SS”.

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.

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 el juez de primera instancia no dio aplicación al principio de congruencia definido en el CGP en tanto la sentencia no corresponde a las pretensiones de la demanda donde se pide la nulidad del traslado efectuado a PORVENIR en el año 2004, cuando el actor no se trasladó en el año 2004 y no lo hizo a la AFP PORVENIR sino a la AFP COLPATRIA, entidad que pese a ser hoy PORVENIR para ese momento era distinta a su representada. Dice además que el formulario de afiliación es prueba de la información recibida, que no es posible traer a un proceso, 20 años después, el asesor que brindó la información al afiliado y por ello debe darse validez al formulario. Aduce que la jurisprudencia referida por el juez de primera instancia no es aplicable al caso bajo estudio en cuanto es posterior a la fecha en que se efectuó el traslado y que de todas formas se deben verificar las circunstancias específicas del caso y no aplicar de manera generalizada la jurisprudencia de la Corte. 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 la demanda no se centró en la declaratoria de una ineficacia sino de nulidad, y por ello el juez de primera instancia excedió sus facultades y no atendió el principio de congruencia al estudiar un asunto diferente al solicitado en la demanda. Dice que se debía acreditar el error en que el asesor indujo al actor pero en este caso el demandante ni siquiera estaba seguro, ni sabía la fecha en que había ocurrido el traslado, luego no era posible establecer si quiera las condiciones en que este acto se dio para concluir que era inválido, aduce que tampoco se tachó como falso el formulario ni la parte demandante se opuso a su autenticidad.

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 COLPATRIA hoy 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 25 de enero de 1963 (fl. 30); **ii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 6 de septiembre de 1982 hasta el 1° de septiembre de 2003 un total de 592.71 semanas (fl. 59); **iii)** que el 17 de julio de 2000 se trasladó al RAIS administrado por COLPATRIA hoy PORVENIR (fl. 103 y 104); **iv)** que el 4 de abril de 2019 solicitó a PORVENIR la nulidad de su afiliación al RAIS (fl. 16); **v)** y que el 4 de abril de 2019 solicitó a COLPENSIONES aceptar su traslado al RPM (fls. 18 y 19).

- 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 PABLO EMILIO BAEZ MORENO se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el 17 de julio 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. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por el demandante (CD. 2 min. 16:20), pues éste solo afirmó que no recuerda haber suscrito formulario de traslado alguno, que solo tuvo conocimiento que pertenecía al RAIS y no a COLPENSIONES en el año 2008 cuando un empleador para que el que iniciaba a trabajar le dijo que se encontraba en PORVENIR, dice que de todas formas no recuerda que le hayan dado ningún tipo de

asesoría durante su vinculación a dicho fondo. Por su parte, la representante legal de PORVENIR (CD. 2 min. 12:38) tampoco manifestó nada relevante al efecto, pues solo dijo que los asesores de esta entidad se encuentran debidamente capacitados para brindar una asesoría completa y detallada a sus potenciales afiliados y que no se le realizó una doble asesoría al actor.

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

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para 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 el 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.

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.

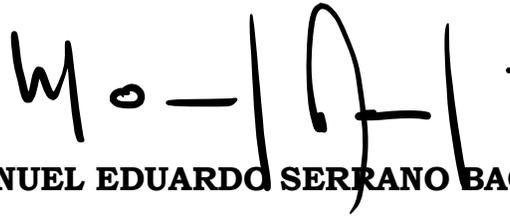
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia con base en el precedente de la Sala Laboral de la CSJ, al que esa Corporación asignó carácter obligatorio (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras).



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0208-2020

Radicado N° 08 2017 00718 01

Bogotá dieciocho (18) 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 las demandadas PORVENIR S.A y OLD MUTUAL., contra la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2019, por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP OLD MUTUAL trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LUZ ANGELA FORERO ANGEL, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS OLD MUTUAL, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE**

PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, 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, se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que la demandante nació el 9 de noviembre de 1961; que realizó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES desde el 7 de enero de 1980 hasta el 31 de agosto de 1996 para un total de 446.57 semanas; que en octubre de 1997, se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR, que al momento de efectuar el traslado el Fondo no le suministró con transparencia la información relacionada frente a las desventajas o beneficios que implicaría el traslado de régimen, ni las implicaciones que conllevaba su permanencia en el RAIS; que en el año 2000 se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN; que en agosto de 2001, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL y que ninguna de las AFP referidas le dio información clara y suficiente sobre el RAIS; que con fecha 27 de julio de 2017, solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **AFP OLD MUTUAL** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son hechos, no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso la de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. (fls. 70 a 103).

COLPENSIONES, Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la fecha de afiliación y aportes realizados al RPM, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan.

Como excepciones propuso las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 132 a 137).

La **AFP PORVENIR** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y el traslado de régimen, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso la prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 143 a 151).

La **AFP PROTECCION** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y el traslado de régimen, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso la inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen y traslado de aportes (fls. 213 a 227).

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 20 de noviembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP OLD MUTUAL trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora y declaró que ésta se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES. La parte resolutoria de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO. DECLARAR la nulidad o ineficacia del traslado de la señora LUZ ANGELA FORERO ANGEL, del Régimen de Prima Media al

*Régimen de Ahorro Individual con solidaridad acaecido el 22 de junio de 1994, proveniente del Instituto de Seguro Social hoy Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a la demandada Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO.** CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, admitir el traslado del régimen pensional de la señora Luz Ángela Forero Ángel. **TERCERO.** CONDENAR a la demandada OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías S.A, a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora Luz Ángela Forero Ángel 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 del artículo 145 del código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado. **CUARTO.** CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías SA, que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional de la demandante. **QUINTO.** Sin condena en costas, ante su no causación. **SEXTO.** En caso de no ser apelada y como quiera que fue adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, ENVIAR el presente asunto al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”*

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

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR**, pide que se revoque la decisión de instancia con fundamento en que el traslado de régimen se dio de manera libre y voluntaria como lo demuestra en la firma del formulario que suscribió la demandante, que su representada cumplió con el deber de información y dio la debida asesoría de forma verbal teniendo en cuenta que para la fecha del traslado de régimen no existía la obligación legal de documentar esta diligencia. Igualmente manifestó que los diversos traslados de fondo realizados por la accionante, muestran su interés en permanecer en el RAIS.

El apoderado de la demandada **OLD MUTUAL**, pide que se revoque la decisión de primera instancia. Fundamentó el recurso en que los constantes traslados de AFP por parte de la demandante evidencian que ella contaba con la información clara y suficiente sobre las condiciones de este régimen, refirió que OLD MUTUAL cumplió su obligación de administrar los recursos de la afiliada, situación que no se puede desconocer para ordenar la devolución de los gastos de administración.

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 de conclusión, pide que se revoque la decisión de primera instancia, pues no se dan los presupuestos para disponer el regreso de la demandante al RPM.

El apoderado de la AFP PROTECCIÓN solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda, en cuanto el traslado de la demandante se dio en cumplimiento de las normas legales y de todas formas no procede la devolución de los gastos de administración.

El apoderado de la AFP OLD MUTUAL solicitó que se revoque la decisión de primera instancia y para el efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, pues las AFP demandadas no probaron el cumplimiento del deber de información en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

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

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 9 de noviembre de 1961 (fl. 42); **ii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 7 de enero de 1980 hasta el 30 de junio de 1994 para un total de 446,57 (fl. 21); **iii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR el 22 de junio de 1994 (fl. 154); **iv)** que el 17 de enero de 2000 se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN (fl. 239), **v)** que el 28 de agosto de 2001 se trasladó a la AFP OLD MUTUAL (fl. 104), **vi)** que el en

julio 27 de 2017 solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen y afiliación al RPM (fls. 25 a 32).

- **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 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 LUZ ANGELA FORERO ANGEL que la demandante nació el 9 de noviembre de 1961, se trasladó a la AFP PORVENIR el 22 de

junio de 1994, 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. 17:35), pues ésta solo manifestó que recibió invitación de asesores de los fondos privados para que se trasladara de régimen pensional, que a través de una reunión general le indicaron que las condiciones del RAIS eran iguales a las del RPM frente a la mesada pensional y que no le dieron información detallada y concreta sobre las implicaciones del traslado. Tampoco se extrae nada al efecto del interrogatorio que rindieron los representantes de PORVENIR (CD 1. min. 38:41) y OLD MUTUAL (CD 2. min 43:33), en cuanto solo manifestaron no tener soporte escrito de la asesoría brindada a la demandante en el momento 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 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 las AFP hubieren 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 y dado que las AFP demandadas no aportaron pruebas tendientes a acreditar el cumplimiento del deber de información, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, esta consecuencia está claramente definida por la jurisprudencia, entre otras en sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referente 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.

En relación con el traslado de los recursos de la AFP OLD MUTUAL 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 PORVENIR y PROTECCIÓN deberán asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en estos Fondos y en este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia.

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 la apelación.

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 la AFP PORVENIR y la AFP PROTECCIÓN deberán asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado en dicho fondo.

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.

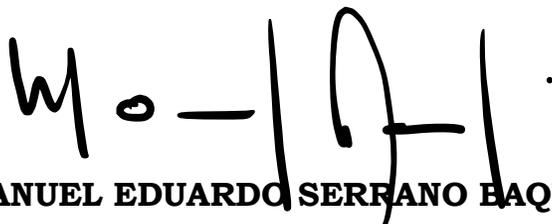
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia con base en el precedente de la Sala Laboral de la CSJ, al que esa Corporación asignó carácter obligatorio (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0212-2020

Radicado N° 08 2018 00546 01

Bogotá dieciocho (18) 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 2 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 de la actora y en consecuencia, condenó a **PORVENIR 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 afiliado del RPM.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARIA ANTONIA IBAÑEZ ALBARRACIN, 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 5 de mayo de 1960, que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 6 de marzo de 1991 hasta el 31 de agosto de 1999 para un total de 202.29 semanas; que en el mes de agosto de 1999, se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR; que no recibió de esta entidad información sobre las consecuencias positivas y negativas del traslado, ni sobre las implicaciones de su permanencia en el RAIS. Afirma que el 11 de mayo de 2018 solicitó a PORVENIR la nulidad de traslado de régimen pensional y esta entidad resolvió de manera desfavorable su solicitud, que el 11 de mayo 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 el relacionado con la edad con la edad, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y la obligación y buena fe (fls. 96 a 105).

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 de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 126 a 136).

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 2 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a PORVENIR 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 la señora MARIA ANTONIA IBAÑEZ ALBARRACIN realizado del RPM al RAIS acaecido el 9 de agosto de 1999 mediante su afiliación a PORVENIR. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la señora MARIA ANTONIA IBANEZ ALBARRACIN. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora MARIA ANTONIA IBAÑEZ ALBARRACIN 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 de la actora. **QUINTO: ABSOLVER** a COLPENSIONES del reconocimiento del derecho pensional precisado que una vez efectuado el traslado de régimen ordenado en esta sentencia y que previa solicitud de la actora, COLPENSIONES deberá estudiar el reconocimiento del derecho pensional en su favor acatando las consideraciones expuestas en esta providencia y dando alcance a la Ley 797 de 2003, otorgando el disfrute de la prestación desde la fecha en que haya acreditado el retiro del sistema aunque esta fecha haya sido anterior a la data de esta providencia. **SEXTO: ABSOLVER** a COLPENSIONES del reconocimiento y pago de intereses moratorios. **SEPTIMO: SIN CONDENA** en costas en esta instancia ante su no causación. **OCTAVO:** 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, 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 en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración. Fundamentó su recurso en que la afiliación de la demandante se dio bajo el cumplimiento de las normas que regían la materia en el momento del traslado y que el descuento correspondiente a los gastos de administración se encuentra debidamente autorizado por la ley. Dice que la devolución de este rubro atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema en cuanto estos no se pueden descontar del valor de los aportes o rendimientos que se encuentran en la cuenta de la demandante sino que salen directamente de los dineros del sistema, que en caso de ordenarse esta devolución la actora debería devolver los rendimientos que causó su cuenta, pues éstos corresponden a la gestión realizada por el fondo durante el tiempo de su afiliación.

El apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación. Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia con fundamento en que el traslado de régimen pensional efectuado por la actora se hizo con observancia de las normas que regían para ese momento y obedeció a la decisión libre y voluntaria de ésta. Dice que en este caso con el traslado de régimen no se causa perjuicio alguno a la demandante en tanto no es beneficiaria del régimen de transición y de todas formas cualquier consecuencia o implicación

relacionada con el traslado se encuentra debidamente establecido en la ley.

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.

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, 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 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.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 5 de mayo de 1960 (fl. 21); **ii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 6 de marzo de 1991 hasta el 31 de agosto de 1999 (fl. 22); **iii)** que el 9 de agosto de 1999 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR (fl. 27); **iv)** que el 11 de mayo de 2018 solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM y esta entidad resolvió de manera desfavorable su solicitud (fls. 43 a 47).

- 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 ANTONIA IBAÑEZ ALBARRACIN se trasladó a la AFP PORVENIR el 9 de agosto 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 representante legal de la AFP demandada (CD. 2 min. 11:45), en cuanto solo informó que la demandante si recibió la información debida por parte del asesor en el momento del traslado y aun cuando no estuvo presente en dicho momento le consta tal afirmación porque los asesores de PORVENIR cuentan con una capacitación completa para brindar asesoría a los potenciales afiliados.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del

traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para 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.

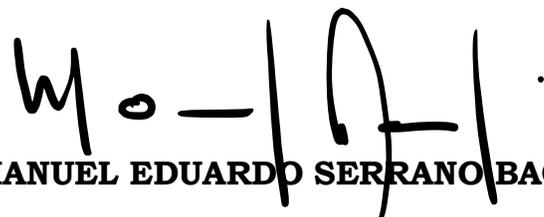
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia con base en el precedente de la Sala Laboral de la CSJ, al que esa Corporación asignó carácter obligatorio (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0210-2020

Radicado N° 08 2019 00310 01

Bogotá dieciocho (18) 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 la **AFP PORVENIR** y **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 18 de junio de 2020, por el Juzgado Octavo (8°) 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 **PORVENIR 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

NELLY CECILIA RUIZ QUIROGA, 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 9 de octubre de 1960, que cotizó a CAJANAL desde el 7 de octubre de 1983 hasta el 30 de julio de 2002 por su vinculación a la Escuela Superior de Administración Pública, que el 26 de agosto de 2002 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR, que no recibió información sobre las implicaciones y consecuencias positivas y negativas del traslado, ni recibió una asesoría completa y detallada sobre las implicaciones de dicho traslado en su situación pensional. Afirma que el 20 de septiembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (fls. 93 a 115).

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe (fls. 70 a 76).

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 18 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a PORVENIR a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora 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 la señora NELLY CECILIA RUIZ QUIROGA realizado del RPM al RAIS acaecido el 26 de agosto de 2002, mediante la afiliación a PORVENIR. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora NELLY CECILIA RUIZ QUIROGA. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora NELLY CECILIA RUIZ QUIROGA, 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 CC aplicable por emisión 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, que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. **QUINTO:** Sin condena en costas ante su no causación. **SEXTO:** Como quiera que la presente decisión fue 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 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 aportó prueba alguna al efecto. Concluyó que en consonancia con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos procede la nulidad del traslado. Precisó que si bien la demandante con anterioridad al traslado estuvo afiliada a CAJANAL, esta entidad fue liquidada y se dispuso el traslado de sus afiliados a COLPENSIONES.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR interpuso recurso de apelación. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen

las pretensiones, aduce que la demandante solicitó la nulidad de su traslado solo 15 años después de realizar aportes a esta entidad, lo cual ratifica su voluntad de permanecer en el RAIS, y que además al momento del traslado se le brindó la información debida de manera verbal. Solicitó que en caso de confirmarse la decisión no procede la devolución de los gastos de administración en cuanto éstos corresponden a la gestión desarrollada por el fondo durante el tiempo que la actora estuvo afiliada.

El apoderado de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Fundamentó su recurso en que para la fecha en que la demandante se trasladó no existía para las AFP la obligación de documentar la asesoría, luego se exige una prueba de imposible consecución teniendo en cuenta la falta de obligación para la época, dice además que para los afiliados existe el deber de auto información en cuanto éstos deben corroborar la veracidad de la información suministrada e indagar sobre sus condiciones pensionales, y que la diferencia en el monto de la mesada pensional, que es la única motivación de la demandante, no constituye una causal de nulidad o ineficacia del traslado.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó sus alegaciones solicitando que se revoque la decisión de primera instancia. Para el efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Por su parte el apoderado de la parte demandante, pide en sus alegatos que se confirme la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, pues se acreditaron los requisitos definidos en la jurisprudencia para la procedencia de la ineficacia solicitada.

El apoderado de la AFP PORVENIR presentó alegaciones. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia y para el efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en 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 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 la demandante nació el 9 de octubre de 1960 (fl. 11); **ii)** que cotizó a CAJANAL desde el 7 de octubre de 1983 hasta el 30 de julio de 2002 (fl. 35); **iii)** que el 26 de agosto de 2002, se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR (fl. 13); **iv)** que el 20 de septiembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM (fl. 16).

- **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 NELLY CECILIA RUIZ QUIROGA se trasladó a la AFP PORVENIR el 26 de agosto de 2002, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a CAJANAL.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la

escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por el demandante (CD. 2 min. 25:12), en cuanto solo informó que a través de una reunión dirigida por asesores de la AFP les dijeron que el ISS se iba acabar, que tendrían mejores condiciones pensionales y tendrían mayor respaldo frente a los ahorros pensionales. Por su parte del interrogatorio rendido por la representante de PORVENIR (CD. 2 min. 38:39) tampoco se extrae nada al efecto, pues solo manifestó que los asesores del fondo se encuentran debidamente capacitados para brindar asesoría completa a los potenciales afiliados y que no existen documentos relacionados con esta diligencia, en cuanto para la época, no era obligación para las AFP documentar la información que se brindaba a los afiliados.

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

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado 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.

Sobre este último aspecto es pertinente precisar que si bien la demandante con anterioridad al traslado realizó aportes a CAJANAL, en aplicación del Decreto 2196 de 2009, que dispuso la supresión y ordenó la liquidación de esta entidad, se generó el 1° de julio de 2009 un traslado masivo de los afiliados de dicha Caja al extinto ISS, siendo que la Caja hoy UGPP solo mantuvo la obligación del reconocimiento de obligaciones pensionales de sus afiliados que hubieran cumplido los requisitos de la pensión de jubilación o vejez antes del traslado de afiliados en tanto la UGPP no fungiría como administradora del RPM.

Así las cosas, considerando la ineficacia del traslado de la afiliación de la demandante, bajo la ficción de que debió permanecer en la extinta CAJANAL, se tiene que para el 1° de julio de 2009, tenía apenas 48 años, por lo cual no cumplía el requisito de edad para acceder a la pensión de jubilación, por tanto, el reconocimiento de sus derechos pensionales pasó a ser responsabilidad de COLPENSIONES, siendo dicha entidad entonces la llamada a la reactivación de la afiliación de la demandante al RPM conforme el Decreto 2196 de 2009.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 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,

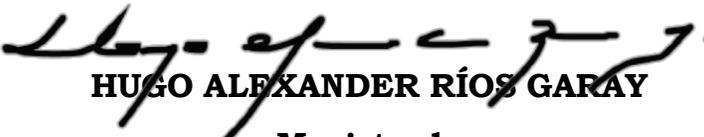
RESUELVE

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

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia con base en el precedente de la Sala Laboral de la CSJ, al que esa Corporación asignó carácter obligatorio (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0191-2020

Radicado N° 08-2014-00661-01

Bogotá, dieciocho (18) 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 **JAIRO LAUREANO ALBÁN LINEROS** y de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y el recurso jurisdiccional de consulta a favor de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 20 de agosto de 2020, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró inexistente el traslado del RPM al RAIS, ordenó a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver los valores como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración y a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación al RPM sin solución de continuidad y una vez recibido el pago por la AFP a reconocer la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la AFP (fl. 302, 35:44 cd fl. 301).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (03 a 15, 45 a 46).**

JAIRO LAUREANO ALBÁN LINEROS solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS, en consecuencia, declarar como única afiliación válida la del RPM, ordenar a la **PROTECCIÓN S.A.** a devolver las cotizaciones, con sus frutos e intereses, condenar a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición desde el 27 de noviembre de 2009, junto con sus ajustes de Ley, retroactivo, intereses moratorios, así mismo, condenar a **PROTECCIÓN S.A.** a indemnizar los perjuicios materiales y morales causados por el no reconocimiento de la pensión de vejez en el RPM una vez cumplió los requisitos para ello, condenas ultra y extra petita, indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 27 de noviembre de 1949; que se afilió al RPM a través del extinto ISS el 25 de octubre de 1967 y cotizó 1.138,29 semanas; afirmó que nunca tuvo contacto con los agentes comerciales de las AFP SANTANDER e ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** y que la firma que aparece en el formulario de afiliación no corresponde a la suya, sin que hubiera realizado trámite para afiliarse a dicho fondo; y que, solo hasta el 12 de diciembre de 2009, cuando solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez ante el extinto ISS, fue informado de que presentaba multifiliación y le fueron devueltos los documentos de su solicitud, siendo negado el reconocimiento de su pensión. Manifestó que es beneficiario del régimen de transición por edad y tiempo cotizado y que efectuó el último aporte en diciembre de 2008. Aseguró que la presunta afiliación al RAIS efectuada por la AFP demandada le ha impedido el disfrute de su derecho pensional una vez cumplió los requisitos para ello, lo cual generó un daño económico por las mesadas que no ha recibido, debiendo acudir a la solidaridad de familiares y amigos para su sostenimiento y el de su compañera BEATRIZ MERCHAN, con quien convive desde el 14 de agosto de 1970, por cuanto no cuenta con ningún otro ingreso para su congrua subsistencia, alimentación, vivienda y salud.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante y que estuvo vinculado al RPM. Indicó que las pretensiones carecen de fundamento fáctico y legal, sin que le asista obligación a la Entidad al reconocimiento de cualquier derecho pensional por cuanto el demandante no está afiliado actualmente al RPM. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación (fl. 54 a 59).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. No aceptó ningún hecho. Indicó que no intervino ni asesoró al demandante cuando se afilió a la AFP SANTANDER, quien para dicha época era una persona jurídica distinta de **PROTECCIÓN S.A.**, por lo cual se atiene a lo que resulte probado, en todo caso, manifestó que actuó de buena fe asumiendo al demandante como su afiliado en virtud de la absorción que efectuó de la AFP ING, anteriormente AFP SANTANDER, por lo que no le asiste ninguna responsabilidad de indemnizar ningún presunto daño, máxime cuando en las pruebas aportadas con la demanda se tiene que el actor denunció a su empleador como presunto responsable de las eventuales irregularidades en su afiliación. Interpuso las excepciones de inexistencia de conducta maliciosa e indebida a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** frente a actuaciones de terceros y no de funcionarios de la AFP, buena fe, cobro de lo no debido y la genérica (fl. 71 a 93).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 302, 35:44 cd fl. 301).

El 20 de agosto de 2020, el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(…) PRIMERO: DECLARAR LA INEXISTENCIA del traslado del señor JAIRO LAUREANO ALBÁN LIBREROS realizado del Régimen de Prima Media al RAIS.

SEGUNDO: CONDENAR a Colpensiones admitir el traslado del régimen pensional del señor JAIRO LAUREANO ALBÁN LIBREROS,

sin solución de continuidad, registrando su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, teniendo en cuenta la inexistencia del acto de traslado.

TERCERO: *CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere reconocido por motivo de la afiliación del señor JAIRO LAUREANO ALBÁN LIBREROS 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 PROTECCIÓN, que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional del demandante.*

QUINTO: *CONDENAR a COLPENSIONES a que una vez se efectuó el traslado ordenado a Protección, reconozca y pague la pensión de vejez en favor del demandante de forma indexada, dando aplicación a lo dispuesto en el acuerdo 049 de 1990, por ser el actor beneficiario del régimen de transición y teniendo en cuenta los parámetros fijados en la parte considerativa de esta sentencia.*

SEXTO: *ABSOLVER a Colpensiones y Protección de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante.*

SÉPTIMO: *Costas en esta instancia a cargo de la demandada Protección. Liquidense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de \$500.000*

OCTAVO: *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 en su favor (...)."*

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer la validez del traslado de régimen y si hubo afiliación válida al fondo, para determinar si le asiste o no derecho al reconocimiento de la pensión de vejez en el RPM.

Para resolver indicó que el dictamen pericial determinó que la firma del formulario de afiliación a la AFP SANTANDER no es la del demandante, y que la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN con el oficio DSC-20380-04-02-055 del 25 de enero de 2019, comunicó que mediante Resolución del 26 de diciembre de 2018 adoptó la medida de

restablecimiento de derechos de ordenar la desvinculación de la AFP y el retorno a **COLPENSIONES** porque dejó sin valor el traslado por falsedad de la firma, por tanto, declaró inexistente el mismo. Ordenó a **PROTECCIÓN S.A.** devolver todas las sumas cobradas con ocasión de la afiliación, incluidos los gastos administrativos. De otra parte, declaró que el demandante es beneficiario del régimen de transición pensional porque nació el 27 de noviembre de 1949, tenía 44 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y 1138 semanas cotizadas en 1998, por tanto, causó el 27 de noviembre de 2009 la pensión legal de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990, sin embargo, indicó que no es posible liquidar la misma porque la historia laboral de la AFP registra el pago de aportes en 2002, 2003 y 2013, además, se requiere el traslado de los aportes para consolidar el total de semanas y definir el IBL, tasa de reemplazo y fecha de disfrute, por tanto, ordenó a **COLPENSIONES** a liquidar la pensión una vez reciba las sumas por la AFP. Absolvió de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 porque la negativa de **COLPENSIONES** se causó porque el demandante estaba afiliado al RAIS, en su lugar, ordenó la indexación del retroactivo pensional. Absolvió de la indemnización de perjuicios porque no se acreditó el daño, ya que se requiere consolidar los aportes para determinar el monto y condiciones de la mesada, así mismo, porque el demandante nunca solicitó su retorno al RPM alegando que cumplía los requisitos para su traslado en cualquier tiempo, sin que tampoco le asista responsabilidad directa a **PROTECCIÓN S.A.**, quien no efectuó la afiliación irregular del accionante. Declaró no probada la prescripción, por cuanto la acción para solicitar la nulidad o ineficacia del traslado es imprescriptible, así mismo, no la declaró frente las mesadas porque señaló que solo desde la sentencia se determinó que no está afiliado a la AFP.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El demandante **JAIRO LAUREANO ALBÁN LINEROS** solicitó condenar a la sanción moratoria o indemnización, ya sea a **COLPENSIONES** o **PROTECCIÓN S.A.**, por cuanto se demostró que existió falsedad del formulario, por lo cual no hubo irresponsabilidad

o negligencia del demandante y es injusto que no se acceda a dicha pretensión¹ (38:17 cd fl. 301).

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** solicitó revocar la condena a devolver los gastos de administración. Señaló que el *a quo* reconoció que la AFP no fue directamente responsable de la falsedad del formulario, pues la propia FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN indicó la imposibilidad de determinar al autor del mismo, por tanto, al no ser el Fondo quien tramitó la afiliación irregular no debe responder por actuaciones de terceros, por lo cual no debe devolver los gastos, toda vez que durante la afiliación cumplió con sus obligaciones que como AFP asumió respecto de los afiliados de las extintas AFP SANTANDER y AFP ING² (39:40 cd fl. 301).

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

¹ Manifiesto que presentó recurso de apelación, en lo que tiene que ver con la condena a COLPENSIONES o principalmente a PROTECCIÓN en relación con la sanción moratoria o indemnización, porque está demostrado señorita que se presentó falsedad y me parece injusto que el reconocimiento de la moratoria no se dé como tal. Esa es mi apreciación señora sin hacer mayores argumentaciones en relación con el fallo, en esos términos sustento la apelación porque está plenamente evidenciado y corresponde que se condene, al menos a PROTECCIÓN, al pago de dicha moratoria porque ahí está todo evidenciado que en modo alguno hubo irresponsabilidad o negligencia de mi poderdante. Gracias.

² Manifiesto que presentó recurso de apelación, en lo que tiene que ver con la condena Gracias señora Juez. Me permito presentar recurso de apelación parcial contra la sentencia en cuanto ordenó devolver los gastos de administración. Como indicó el Despacho para absolver, se indicó que mi representada no era la directamente responsable del ilícito o de la falsedad del documento, por tanto, debe tenerse presente como respaldo de dicho recurso que la Resolución emanada por la Fiscalía Seccional de Cali del 26 de diciembre de 2018, se inhibió por la falta de certeza de quienes pudieron realizar el hecho punible ante la imposibilidad de adelantar una investigación para determinar el autor o autores de dicho ilícito, en esa medida, como lo manifestó el Despacho, no es posible que mi representada responda por actuaciones realizadas cuando ella no era la Administradora encargada de realizar los traslado al momento de afiliación del demandante, sin que ello sea una excusa como lo adujo el apoderado de COLPENSIONES en sus alegaciones ni es una disculpa, sino una realidad soportada documentalmente, así como la Resolución que se inhibió de investigar el responsable, por tanto, ante la no identificación de responsabilidad no es posible que mi representada devuelva los costos de administración, porque durante el tiempo que estuvo afiliado el demandante se prestaron todos los servicios y se enviaron extractos y se realizaron todas las actuaciones que mi representada debía desplegar frente a sus afiliados para el momento en que asumió las obligaciones de ING y SANTANDER. En dicha medida, el recurso solo se ciñe a solicitar a los honorables Magistrados considerar la devolución de costos de administración. Gracias.

Mateus Cifuentes, identificada con C.C. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha demandada, quien solicitó el estudio integral de la sentencia, siendo que la Entidad no tenía competencia para en su momento resolver sobre la validez del traslado del demandante al RAIS, por lo cual solicitó analizar si el mismo debe ser declarado nulo y si el demandante cumple los requisitos para acceder a la pensión que solicitó. La apoderada sustituta de la demandada **PROTECCIÓN S.A.** solicitó acceder a su recurso de apelación, indicando que no tuvo ninguna participación o responsabilidad directa en la falsificación del formulario de afiliación, por tanto, no procede condenar a la devolución de gastos de administración, de otra parte, solicitó confirmar la decisión de no condenar al pago de perjuicios e intereses derivados de los mismos, porque los mismos no fueron acreditados. Agotado el término, el apoderado del **DEMANDANTE** 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 si procede declarar que el traslado del RPM al RAIS del demandante no generó efectos jurídicos por la presunta falsedad de su

firma en el formulario de afiliación; en caso afirmativo, determinar si reúne los requisitos para el disfrute de la pensión legal de vejez con el Acuerdo 049 de 1990, así como si le asiste derecho a la indemnización de perjuicios materiales y morales, condenas ultra y extra petita e indexación, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no existen hechos fuera de controversia, por cuanto la demandada **PROTECCIÓN S.A.** no aceptó ninguno de los hechos de la demanda.

- Sobre la Imprescriptibilidad del Derecho Pensional y Prestaciones Inherentes al Mismo.

Por regla general, los derechos laborales y de la seguridad social prescriben en los términos dispuestos en los artículos 488 y 489 CST y el artículo 151 CPTSS. Sin perjuicio de lo anterior, la H. CSJ ha sostenido que los derechos pensionales y las cuestiones innatas al mismo son imprescriptibles, tal y como señaló en la sentencia SL Rad. 32.908 del 30 de septiembre de 2008, oportunidad en la cual indicó que tal derecho es imprescriptible en sí mismo por su carácter de derecho social de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, por lo cual solo prescriben las mesadas pensionales exigibles no cobradas o los reajustes de ciertas mensualidades frente a las cuales no se objetó su cuantía, posición que fue reiterada en la sentencia SL2956 de 2019, en la cual la Alta Corporación indicó que el estatus de pensionado en sí mismo no se extingue por el paso del tiempo, por cuanto se trata de un estado jurídico, los cuales no son afectados por dicha figura, la cual tampoco afecta sus componentes definatorios que participan en la consolidación plena de la prestación y su financiación, siendo que solo las manifestaciones patrimoniales de dicho derecho, como las mesadas pensionales, son prescriptibles.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta relevante considerar también que la H. CSJ que ha determinado que las pretensiones declarativas no prescriben, tal y como indicó en las sentencias SL Rad. 49.741 del

8 de mayo de 2013, SL2418 de 2018, SL1689 de 2019, SL2917 de 2020, entre otras.

- **Sobre la Carga de la Prueba.**

El artículo 167 CGP, aplicable a nuestra especialidad en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que incumbe a las parte probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, principio que ha sido ampliamente reiterado por la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencias, SL4345 de 2020, SL4866 de 2020, SL4816 de 2020, SL4825 de 2020, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera ordenó a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver los valores como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración y a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación al RPM sin solución de continuidad y una vez recibido el pago por la AFP a reconocer la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la AFP.

El demandante **JAIRO LAUREANO ALBÁN LINEROS** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó condenar a la sanción moratoria o indemnización. Indicó que existió falsedad del formulario, sin que hubiera irresponsabilidad o negligencia del demandante, por lo cual es injusto que no se acceda a dicha pretensión.

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la condena a devolver los gastos de administración. Indicó que la propia Juez reconoció que la AFP no es la directa responsable de la falsedad del documento, por cuanto la investigación determinó la imposibilidad de determinar el autor, por tanto, como se trató de actuaciones de terceros no tiene que responder con la devolución de gastos, por cuanto cumplió sus obligaciones como AFP cuando asumió los afiliados de las extintas AFP SANTANDER y AFP ING.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que en el presente asunto se discute la validez de la afiliación del demandante por la cual se trasladó del RPM al RAIS, por la presunta falsificación de su firma.

Conforme los antecedentes normativos expuestos, corresponde a las partes la carga de la prueba de los supuestos de hechos de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, conforme lo impone el artículo 167 CGP aplicable a nuestra especialidad en virtud del artículo 145 CPTSS y el precedente jurisprudencial de la H CSJ, tal y como indicó en sentencia SL4345 de 2020, SL4866 de 2020, SL4816 de 2020, SL4825 de 2020, entre otras.

Así las cosas, en el presente asunto, el demandante manifestó que el 12 de diciembre de 2009, solicitó el reconocimiento de la pensión legal de vejez ante el extinto ISS, oportunidad en la que se le informó que se encontraba afiliado al RAIS en cabeza de **PROTECCIÓN S.A.** Por el anterior hecho, el demandante presentó denuncia penal por el presunto hecho de falsedad de documento privado, por cuanto manifestó que la firma del formulario de afiliación a la AFP SANTANDER no era la suya.

En el transcurso de la investigación penal, se practicó dictamen pericial grafológico, conforme informó la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - SECCIONAL CALI – UNIDAD ESPECIALIZADA LEY 600 DE 2000 – DESPACHO FISCAL SECCIONAL VEINTIOCHO (28), autoridad que luego de analizar el dictamen presentado por el Dr. GILDARDO PATIÑO MAZUERA le dio pleno valor probatorio y acogió la conclusión de que en efecto la firma plasmada en el formulario de afiliación (fl. 95) no corresponde a la firma del demandante (fl. 246 a 268), circunstancia que conllevó a que mediante Resolución del 26 de diciembre de 2018 dicha autoridad se inhibiera de seguir la investigación penal ante la prescripción de la acción y la imposibilidad de determinar el autor de la conducta, sin embargo, ordenó como medida de restablecimiento de derecho dejar sin valor el traslado de fondo del demandante (fl. 233 a 244), decisión que fue comunicada mediante los oficios DSC-20380-04-02-053-28, DSC-20380-04-02-053-28 y DSC-20380-04-02-053-28,

remitidos a **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y al *a quo* respectivamente (fl. 230 a 232).

Considerando los elementos de prueba antes señalados, se puede inferir de forma razonable que en el presente asunto se dan las condiciones para declarar ineficaz la afiliación del demandante a la AFP SANTANDER y en consecuencia declarar sin valor ni efecto alguno el traslado de régimen del RPM al RAIS, conforme el literal b) del artículo 13 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, normas que señalan que la selección de régimen pensional es libre y que en caso de que cualquier persona, natural o jurídica, atente en cualquier forma contra el derecho de afiliación, la misma quedará sin efecto.

En consecuencia, se modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de aclarar que se causó la ineficacia del traslado ante la falsificación de la firma del demandante en la afiliación pro la cual se trasladó 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 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, se concluye que los mismos y las comisiones deben ser retornados a **COLPENSIONES** por **PROTECCIÓN S.A.**, según el tiempo de vinculación del demandante, por cuanto al declararse que la afiliación a la AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** fue ineficaz, ha de entenderse que nunca se cambió al RAIS, por lo que dichos conceptos debieron ser cobrados en su momento por la Administradora del RPM y no por la AFP, quien deberá retornarlos con cargo a sus propios recursos, conforme la posición adoptada por la H. CSJ en las sentencias SL3464 de 2019, SL2611 de 2020, SL2877 de 2020, SL4811 de 2020, entre otras, providencias en las que si bien se declaró la ineficacia del traslado de régimen por otra causa (incumplimiento de la obligación de información y asesoría por la AFP),

sí se analizó el efecto de la declaración de ineficacia en lo que respecta a los gastos de administración.

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, habida cuenta que en efecto el demandante cumplió los requisitos exigidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en el Acto Legislativo 1° de 2005 para configurar su derecho a la pensión legal de vejez conforme el Decreto 758 de 1990 en virtud del régimen de transición pensional, por cuanto cumplió 60 años el 27 de noviembre de 2009 y acumuló más de 1000 semanas cotizadas.

En lo que respecta al recurso de apelación del **DEMANDANTE**, por el cual solicitó la indemnización plena de perjuicios derivados de la imposibilidad en el reconocimiento pensional ocasionado por la falsedad del formulario de afiliación a la AFP SANTANDER, sea lo primero indicar que revisadas las reclamaciones allegadas con la demandada y las visibles en el expediente administrativo del demandante no se observa ninguna petición dirigida a **COLPENSIONES** por la cual se le reclame el pago de la referida indemnización, por tanto, carece de competencia esta Corporación para pronunciarse en virtud del artículo 6 CPTSS.

Frente a la misma pretensión elevada en contra **PROTECCIÓN S.A.**, de entrada se anuncia que no se accederá a la misma, por cuanto la parte actora no acreditó perjuicio alguno, material o moral, derivado de la imposibilidad de reconocimiento de la pensión en el RPM por cuanto figuraba afiliado al RAIS, toda vez que no aportó copia alguna de los presuntos hechos anunciados en cuanto a la imposibilidad de sufragar su congrua subsistencia o la existencia de profundo dolor, tristeza o afectación en su fuero interno, por tanto, no acreditó el daño. De otra parte, tampoco le asiste responsabilidad a la AFP demandada, porque tampoco se acreditó la relación causal entre la falsedad en el formulario de afiliación y la conducta de **PROTECCIÓN S.A.**, de quien

no se acreditó, tanto en el proceso laboral ni en la investigación penal, su participación en dicha falsificación.

Respecto de la denominada “*sanción moratoria*”, infiere razonablemente esta Sala que se hace referencia a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pretensión a la cual no se accederá por cuanto se comparten los argumentos señalados por la Juez de primera instancia en cuanto que la decisión de **COLPENSIONES** de no acceder en sede administrativa al reconocimiento de la pensión no fue caprichosa sino que obedeció a la aplicación razonable de la Ley, toda vez que para entonces el demandante se encontraba válidamente afiliado al RAIS por cuanto aún no había logrado acreditar la falsedad de su firma en el formulario de afiliación a la AFP SANTANDER, lo cual exonera de la imposición de dicha condena conforme indicó la H. CSJ en las sentencias SL1354 de 2019, SL2314 de 2019, SL2832 de 2019, entre otras.

En lo que respecta al reconocimiento pensional del demandante, se confirmará la decisión adoptada por el Juez de primera instancia, en el sentido de que una vez se efectuó el traslado de las sumas ordenadas a **PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES** procederá a determinar los aspectos determinantes de la pensión de vejez a la que tiene derecho el demandante en virtud del Acuerdo 049 de 1990, tales como el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, IBL o fecha de disfrute de la pensión.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la Sala anuncia que confirmará que no se configuró dicha figura en lo que respecta a la acción para declarar ineficaz el traslado de régimen pensional, por cuanto conforme con los antecedentes normativos expuestos, el derecho pensional y aquellas cuestiones innatas al mismo, dentro de las cuales sin duda se encuentra el definición del régimen pensional al ser un componente definitorio de las características del estatus pensional, no prescribe, tal y como indicó la H. CSJ en las sentencias SL Rad. 32.908 del 30 de septiembre de 2008 y SL2956 de 2019.

En cuanto las mesadas pensionales, por cuanto al tratarse de una manifestación patrimonial del estatus de pensionado si prescriben, motivo por el cual resulta relevante considerar que conforme la historia laboral aportada por **PROTECCIÓN S.A.**, el demandante registra el pago de aportes para 2013-3 y 2013-4, siendo radicada la demanda el 05 de septiembre de 2014 (fl. 43), motivo que permite inferir, con alto grado de certeza, que no se generó la misma por cuanto conforme los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, indican que el disfrute de la mesada inicia previa desafiliación del sistema, que conforme la precitada historia laboral lo fue menos de 3 años antes de radicada la demanda, por lo cual no se cumplió el termino trienal de prescripción exigido en los artículos 488 y 489 CST y 151 CPTSS.

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 efectuó el demandante **JAIRO LAUREANO ALBÁN LIBREROS**.

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

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

C03-0087-2020

Radicado N° 12 2019 00201 01

Bogotá dieciocho (18) 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 27 de julio de 2020, por el Juzgado Doce (12) 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 LOZANO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **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 9 de enero de 1961; que realizó cotizaciones al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES desde el 6 de enero de 1981 hasta el 6 de septiembre de 1984 para un total de 47.86 semanas, que el 4 de diciembre de 1995 se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS S.A.; que dicho fondo no le brindó información alguna sobre las implicaciones o consecuencias positivas o negativas del traslado de régimen pensional, que el 21 de diciembre de 2018 solicitó a COLFONDOS la nulidad del traslado y ésta fue resuelta de manera desfavorable mediante comunicación del 16 de enero de 2019; que el 20 de diciembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES su afiliación a dicha entidad, petición que también fue resuelta de manera negativa.

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 y la solicitud presentada, 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 y buena fe (fls. 78 a 85).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la fecha del traslado de régimen pensional y la solicitud presentada, frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia

de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos (fls. 106 a 122).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 27 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y condenó a COLFONDOS 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 la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación de la demandante MARTHA LOZANO, según formulario de vinculación, 687259 del 4 de diciembre de 1995, celebrada con COLFONDOS S.A. así como cualquier tipo de traslado acreditado o no acreditado que se haya reportado con posterioridad. **SEGUNDO.** CONDENAR a COLFONDOS S.A. a la devolución de saldos, aportes y rendimientos de la demandante con destino a COLPENSIONES. **TERCERO:** ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la señora MARTHA LOZANO, y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales y rendimientos ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento del régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular. **CUARTO.** ABSOLVER a las demandadas de las demás súplicas de la demanda. **QUINTO:** DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por COLFONDOS y por COLPENSIONES, en especial la de prescripción, habida cuenta que sobre derechos que reputan sobre estatus pensional de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, no opera el fenómeno jurídico de la prescripción. **SEXTO:** Sin condena en costas en la instancia. **SEPTIMO:** En caso de no ser apelado el presente fallo, sùrtase el grado jurisdiccional de consulta para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá”

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo

indicó que según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia 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. 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 no se probó la existencia de vicio en el consentimiento alguno para concluir que el traslado de la actora es nulo, que además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra incurso dentro de una prohibición legal para regresar al RPM.

Por su parte el apoderado de la parte demandante y el apoderado de COLFONDOS no presentaron alegatos en esta 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 la decisión de primera instancia en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

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

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 9 de enero de 1961 (fl. 30); **ii)** que realizó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES desde el 6 de enero de 1981 hasta el 6 de septiembre de 1984 para un total de 47.86 semanas (fl. 52), **iii)** que se trasladó del RPM al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS el 4 de diciembre de 1995 (fl. 129); **iv)** que el 20 de diciembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fls. 56 a 63).

- 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 LOZANO se trasladó a la AFP COLFONDOS a partir del 4 de diciembre de 1995 (fl. 42), 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 audio 2, min. 10:43), pues ésta solo afirmó que asesores de COLFONDOS asistieron al lugar donde trabajaba y les informaron que el ISS se iba acabar y que obtendrían mejores condiciones pensionales en los fondos privados, que no le dieron información detallada o personalizada sobre las implicaciones del traslado de régimen 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 COLFONDOS 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. Tampoco puede entenderse que por el poco tiempo que la demandante realizó aportes al ISS hoy COLPENSIONES el fondo demandando hubiera estado relevado de dar cumplimiento al deber de información.

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 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 el 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.

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 SEGUNDO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: ORDENAR a la **COLFONDOS 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.

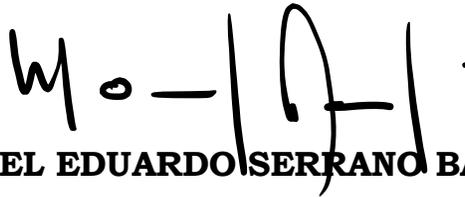
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia con base en el precedente de la Sala Laboral de la CSJ, al que esa Corporación asignó carácter obligatorio (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0209-2020

Radicado N° 15 2018 00557 01

Bogotá dieciocho (18) 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 **PROTECCIÓN S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta concedido a **COLPENSIONES**, contra la sentencia proferida el 26 de febrero de 2020, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y condenó a **PROTECCIÓN** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

FANNY DE JESUS GALINDO CARDENAS, 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 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 21 de marzo de 1963, que realizó cotizaciones al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES desde el 28 de septiembre de 1981 hasta el 31 de octubre de 1999 para un total de 935.14 semanas, que en noviembre de 1999 se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A., que al momento del traslado el fondo demandado no le brindó información alguna sobre las implicaciones y consecuencias del mismo, ni le dio asesoría personalizada sobre su situación pensional, que el 25 de abril de 2018 solicitó a PORVENIR la nulidad de su afiliación a dicha entidad y ésta fue resuelta desfavorablemente y que en la misma fecha 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, presunción de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación (fls. 133 a 139).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y la fecha del traslado de régimen pensional, frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como

excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración (fls. 158 a 178).

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, la fecha del traslado de régimen pensional y la solicitud presentada, frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación demandada, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 223 a 232).

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 26 de febrero de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y condenó a PROTECCION 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 la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada por la señora demandante FANNY DE JESUS GALINDO CARDENAS, identificada con la CC. N° 51.685.951, del RPM al RAIS el día 23 de septiembre del año 1999 a través de la administradora PORVENIR, y como consecuencia de lo anterior DECLARAR igualmente la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por PROTECCIÓN S.A., y disponer que este Fondo al cual se encuentra actualmente afiliada PROTECCIÓN, traslade las sumas o recursos que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante a COLPENSIONES; igualmente ordenar a dicha entidad, reactive la afiliación de la señora demandante y reciba dichos recursos y las acredite como semanas efectivamente cotizadas ante el RPM, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera*

*trasladado al RAIS, dadas las consecuencias naturales de una nulidad. Todo lo anterior, conforme la parte motiva de la sentencia. **SEGUNDO:** No condenar en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme lo expuesto en la parte motiva. **TERCERO:** Si la presente sentencia no fuere impugnada y como quiera que hay posiciones encontradas frente al mismo por parte del TSB si procede o no la Consulta, dada la orden que se ha dado al reactivar la afiliación a COLPENSIONES, por lo que no si no fuera apelada, se remitirán las diligencias al superior para que la revise en el grado jurisdiccional de consulta respecto a COLPENSIONES remítase las diligencias al Superior para que el magistrado que corresponda por reparto si lo considera pertinente las estudie en el grado jurisdiccional de consulta”*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia 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 **PROTECCIÓN** pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que la decisión de traslado de régimen de la demandante fue libre y voluntaria y cumplió con los requisitos definidos en las normas que regían la materia para ese momento, que la demandante con el traslado de AFP que realizó ratificó su decisión de pertenecer al RAIS y no se dan los presupuestos para declarar una nulidad o ineficacia de la afiliación.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, 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 revoque la decisión de primera instancia y al efecto manifestó que no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de la demandante. Aduce además que no es procedente la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales.

La AFP PROTECCIÓN solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y para el efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

La apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia. Al efecto indicó que la demandante no acreditó la existencia de vicio en el consentimiento alguno que prestó para el traslado de régimen, que se encuentra incurso en una prohibición legal para regresar al RPM y por ello no es procedente la ineficacia o nulidad declarada.

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 21 de marzo de 1963 (fl. 31); **ii)** que realizó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES desde el 28 de septiembre de 1981 hasta el 31 de octubre de 1999 para un total de 935.14 semanas (fl. 43), **iii)** que se trasladó del RPM al RAIS administrado por la AFP PORVENIR el 23 e septiembre de 1999 (fl. 234); **iv)** que el 23 de junio de 2000 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN (fl. 186); **v)** que el 24 de abril de 2018 solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fls. 70 a 75).

- 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 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 FANNY DE JESUS GALINDO CARDENAS se trasladó a la AFP PORVENIR a partir del 23 de septiembre de 1999 (fl. 234), 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 y tampoco se aportó prueba adicional que acredite el cumplimiento de esta obligación. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por la demandante (CD. 2 min. 18:47), en cuanto solo informó que cuando trabajaba en el Banco Santander a través de una reunión dirigida por asesores de la AFP les dijeron que el ISS se iba acabar, que tendrían mejores condiciones pensionales y tendrían mayor respaldo frente a los ahorros pensionales. Por su parte del interrogatorio rendido por el representante de PORVENIR (CD. 2 min. 14:26) tampoco se extrae

nada al efecto, pues solo manifestó que para la fecha del traslado lo único que se exigía a los afiliados era la cédula, que no estuvo presente en el traslado de la actora y que no existen documentos relacionados con esta diligencia, en cuanto para la época, no era obligación para las AFP documentar la información que se brindaba a los afiliados, no obstante la entidad cuenta con canales de información donde pueden acudir sus afiliados para brindar la información pertinente.

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 ello la Sala confirmará la decisión de primera instancia, precisando que en el caso bajo estudio no se da un traslado invalido sino la ineficacia del mismo y para dar claridad a la decisión se modificará en lo pertinente la sentencia apelada.

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, acarreado para PROTECCIÓN, 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 PROTECCIÓN 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 primero de la sentencia y definirá la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PORVENIR deberá asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en este Fondo y en este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia.

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: DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante FANNY DE JESUS GALINDO CARDENAS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. En consecuencia, ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo los rendimientos generados por estos 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. **ORDENAR** a COLPENSIONES actualizar la historia laboral de la demandante, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que la AFP PORVENIR deberá asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en dicho fondo.

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

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

QUINTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia con base en el precedente de la Sala Laboral de la CSJ, al que esa Corporación asignó carácter obligatorio (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0213-2020

Radicado N° 15 2019 00077 01

Bogotá dieciocho (18) 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 2 de marzo de 2020, por el Juzgado Quince (15) 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 ELIZABETH ANGARITA TORRES, 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 25 de enero de 1959, que realizó cotizaciones al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES desde el 9 de febrero de 1993 hasta el 31 de octubre de 2003 para un total de 542.86 semanas, que el 1° de octubre de 2003 se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A., que al momento del traslado el fondo demandado no le brindó información alguna sobre las implicaciones y consecuencias del mismo, ni le dio asesoría personalizada sobre su situación pensional, 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 en la misma fecha 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, presunción de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación (fls. 41 a 47).

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 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, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas,

buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 78 a 84).

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 2 de marzo de 2020, 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* invalida la afiliación efectuada por la señora MARTHA ELIZABETH ANGARITA TORRES, con CC. 46.353.796 del RPM al RAIS el día 1° de octubre de 2003 a través de PORVENIR S.A., y como consecuencia de lo anterior, *ORDENAR* a este fondo PORVENIR al cual se encuentra afiliada actualmente que traslade los recursos y sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos rendimientos financieros y demás a COLPENSIONES y a COLPENSIONES que reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiese trasladado al RAIS, teniendo en cuenta a invalidez que se ha decretado de esa afiliación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. **SEGUNDO:** Sin costas a favor ni en contra de ninguna de las partes. **TERCERO:** Si la presente sentencia no fuere apelada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES, remítase las diligencias al Superior para que el magistrado que corresponda por reparto si lo considera pertinente las estudie en el grado jurisdiccional de consulta”

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia 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 para la fecha en que se dio el traslado de régimen pensional de la demandante no se encontraban vigentes las normas que establecían la obligación de documentar la información que se brindaba a los potenciales afiliados, que por tal razón las asesorías se realizaban de manera verbal y la única prueba de ello la constituía el formulario de afiliación. Dice que en caso de confirmarse la decisión no procede la devolución de los gastos de administración, en cuanto estos corresponden a la gestión realizada por el fondo durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada y su devolución generaría un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Por su parte COLPENSIONES no presentó alegaciones en esta 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 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 25 de enero de 1959 (fl. 12); **ii)** que realizó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES desde el 9 de febrero de 1993 hasta el 31 de octubre de 2000 para un total de 542.86 semanas (fl. 16), **iii)** que se trasladó del RPM al RAIS administrado por la AFP PORVENIR el 1° de octubre de 2000 (fl. 17); **iv)** que el 17 de octubre de 2018 solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fls. 21 a 24).

- **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 ELIZABETH ANGARITA TORRES se trasladó a la AFP PORVENIR a partir del 1° de octubre de 2003 (fl. 17), 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 y tampoco se aportó prueba adicional que acredite el cumplimiento de esta obligación.

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 ello la Sala confirmará la decisión de primera instancia, precisando que en el caso bajo estudio no se da un traslado invalido sino la ineficacia del mismo y para dar claridad a la decisión se modificará en lo pertinente la sentencia apelada.

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).

Dado que el 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: DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante MARTHA ELIZABETH ANGARITA TORRES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. En consecuencia, 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 de la actora, incluyendo los rendimientos generados por estos 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. **ORDENAR** a COLPENSIONES actualizar la historia laboral de la demandante, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

AUSENTE CON PERMISO

MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia con base en el precedente de la Sala Laboral de la CSJ, al que esa Corporación asignó carácter obligatorio (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0188-2020

Radicado N° 15-2018-00142-01

Bogotá, dieciocho (18) 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 **GLORÍA STELLA TABORDA GARCÍA**, en contra de la sentencia proferida el 09 de julio de 2019, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo del 30 de abril de 2004 al 1° de septiembre de 2017 y condenó al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte y aportes a pensión, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada (fl. 106 a 107, 01:59:07 cd fl. 105).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA (fl. 03 a 16).**

AURELIANO PACHÓN RINCÓN solicitó declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo del 30 de abril de 2004 al 06 de septiembre de 2017, que finalizó por justa causa imputable al empleador; en consecuencia, condenar al pago de prestaciones sociales, vacaciones, subsidio de transporte, dotación, aportes a

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

Como fundamento fáctico indicó que prestó su servicio como conductor del taxi placa SHL-106 de propiedad de la demandada, a través de contrato de trabajo verbal, vehículo que estuvo afiliado a la empresa NUEVO TAXI MIO S.A. Señaló que en agosto de 2010, la demandada adquirió un nuevo taxi placas SWR330, continuando su servicio sin ninguna alteración. Manifestó que prestó personalmente el servicio por cuanto la demandante no permitió otro conductor y ésta dispuso del demandante para realizar asuntos personales como diligencias y traslado de personas recomendadas, además, la propietaria asumió los mantenimientos y reparaciones. Aseguró que su salario era el excedente de los \$67.000 diarios producidos a 2017, para un promedio mensual de \$1.200.000, tal y como certificó la demandada; de otra parte, señaló que nunca le pagaron prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, por lo cual debió afiliarse como independiente. Se dolió en manifestar que el 06 de septiembre de 2017, presentó derecho de petición solicitando información del pago de aportes a seguridad social, del cual no recibió respuesta, por lo cual presentó renuncia motivada ese mismo día, sin que se le hubiera pagado la respectiva liquidación final del contrato.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 57 a 67, 93 a 95).**

GLORÍA STELLA TABORDA GARCÍA se opuso a las pretensiones. No acepto ningún hecho. Indicó que nunca existió contrato de trabajo entre las partes, por cuanto celebró contrato verbal de arrendamiento de los taxis de su propiedad con el demandante, quien los recibió por 12 horas diarias a cambio del pago de una cuota determinada, siendo responsable la demandada del mantenimiento y documentación necesaria para el uso del bien por el arrendatario, quien debía pagar la cuota pactada aun cuando decidiera libremente no usar el vehículo salvo caso de fuerza mayor, por lo cual siempre fue obligación del demandante pagar su seguridad social conforme el Decreto 1047 de 2014 y nunca existió la obligación de pago de acreencias laborales, pues el demandante engañó a la demandada

para que firmara la certificación que él mismo elaboró y que indicó era necesaria para gestionar un crédito. Interpuso las excepciones de existencia de contrato de arrendamiento de cosas e inexistencia de contrato de trabajo, confusión de asimilar relaciones civiles o comerciales a relaciones laborales y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 106 a 107, 01:59:07 cd fl. 105).

El 09 de julio de 2019, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre el señor demandante **AURELIANO PACHÓN RINCÓN** y la señora demandada **GLORÍA STELLA TABORDA GARCÍA** por el periodo comprendido entre el 30 de abril de 2004 hasta el 01 de septiembre de 2017, todo lo anterior conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.*

SEGUNDO. CONDENAR a la parte demandada al pago a favor del señor demandante de las acreencias laborales y por los siguientes conceptos:

- A. La suma de **siete millones trescientos setenta y siete mil ochocientos sesenta y seis mil pesos (\$7.377.866)** por concepto de cesantías.
- B. La suma de **doscientos cincuenta y seis mil cincuenta y siete pesos (\$256.057)** por concepto de intereses a las cesantías adeudadas.
- C. La suma de **dos millones ciento treinta y tres mil ochocientos cinco pesos (\$2.133.805)** por concepto de prima de servicios adeudados.
- D. La suma de **dos millones seiscientos cuarenta mil pesos (\$2.640.000)** por concepto de vacaciones adeudadas.
- E. La suma de **dos millones trescientos cincuenta y cuatro mil ciento cuarenta y ocho pesos (\$2.354.148)** por concepto de auxilio de transporte adeudados.
- F. Al pago de los aportes a seguridad social a favor del demandante ante el fondo **COLFONDOS** por el periodo comprendido entre el 30 de abril del año 2004 al 30 de septiembre del año 2010, teniendo en cuenta para este cálculo actuarial lo correspondiente a UN salario mínimo legal mensual vigente para cada momento.

TERCERO: ABSOLVER a la parte demandada de las demás pretensiones invocadas en la presente acción, específicamente en

cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y las dotaciones, y en estos términos demostrar declaradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y buena fe, conforme a los motivos expuestos.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada, para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a TRES salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2019 de **dos millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil trescientos cuarenta y ocho pesos (\$2.484.348).** (...)"

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si por el principio de primacía de la realidad sobre las formas procede o no declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo por los extremos reclamados, que el mismo término por causa atribuible a la demandada y al pago de las acreencias e indemnizaciones laborales solicitadas.

Para resolver indicó que conforme los artículos 22, 23 y 24 CST, la H. CSJ ha señalado que basta con acreditar la prestación personal del servicio para activar la presunción de existencia de contrato de trabajo, siendo carga de la contraparte desvirtuarla probando que no se configuraron los elementos del contrato. Señaló que el demandante acreditó que prestó su servicio personal como conductor del taxi de la demandante, quien no logró demostrar el presunto contrato de arrendamiento verbal, por cuanto se comprobó la existencia de un horario y la falta e autonomía, porque el taxi se llevó a mantenimiento bajo las indicaciones, recibiendo a cambio un pago, siendo aplicable la sentencia de la H. CSJ del 17 de abril de 2003 que declaró el contrato de trabajo de un taxista en virtud de la presunción, existencia de horario y pago a destajo, además, en la sentencia SL13122 de 2017 se indicó que así haya cambió de vehículo se mantiene la fuerza de trabajo, mientras que en la sentencia SL14426 de 2014 se indicó que se deben tener por ciertos los hechos certificados salvo que sean desvirtuados contundentemente. En consecuencia, declaró que existió contrato de trabajo, cuyo extremo inicial fue el certificado y el final el último día del mes en que la demandada confesó que terminó la prestación del servicio; declaró que el valor del salario para 2017 fue

el certificado y para los demás años presumió que fue de 1 SMLMV; declaró la prescripción de las acreencias laborales anteriores al 22 de marzo de 2015, salvo el caso puntual de las cesantías, vacaciones y aportes a pensión. Absolvió del pago de dotación por insuficiencia probatoria; no condenó al pago de la indemnización por despido porque el demandante no acreditó la causa imputable al empleador; se abstuvo de condenar a la indemnización moratoria porque existió el íntimo convencimiento en la demandada de que el contrato no era laboral.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **GLORÍA STELLA TABORDA GARCÍA** solicitó revocar la sentencia. Indicó que no se dan los elementos esenciales de un contrato de trabajo, por cuanto en la realidad existió un contrato verbal de arrendamiento de cosa mueble, confesando el demandante que no hubo subordinación ni remuneración, pues el era libre de establecer el tiempo para prestar su servicio, sin que la existencia de un horario o que el servicio se desarrolle en las instalaciones de la demandada sea per se prueba de subordinación laboral conforme señaló la H. CSJ, siendo que el demandante de mala fe pretende obtener unos dividendos a los cuales no tiene derecho¹ (02:04:20 cd fl. 105)

¹ Gracias señor Juez. Con relación a la decisión tomada el día de hoy, presento e indico que no estoy de acuerdo con la decisión tomada y presento ante el Superior el recurso de apelación, con el fin de que sea revocada. Sustento el recurso indicando que si bien es cierto que dentro del proceso se ha hecho relación a una serie de pretensiones amparadas en un contrato realidad, lo cierto es que la posición de la demandada desvirtuó la existencia de un contrato de trabajo, dado que los elementos esenciales del mismo no se dan en el caso. El Despacho ha relacionado dos consideraciones, como lo es para declarar el contrato de trabajo conforme el artículo 53 constitucional y los pronunciamientos sobre las pretensiones amparado en los artículos 22, 23 y 24 CST, trayendo a colación la definición del contrato de trabajo, sus elementos esenciales y su presunción, para basarse en la presunción con las pruebas aportadas, pero hay cosas que se olvidaron o no fueron tenidas presentes, como una serie de documentos falsos traídos por una persona que aprovechó la buena fe de la persona que le arrendó un vehículo para su beneficio, dicha persona aprovechando esa buena fe hace que se le expida una certificación que dijo que iba a usar para un crédito, como lo dijo él mismo. Observando la decisión del Despacho, ¿dónde queda la subordinación y dónde queda el salario?, debo manifestar que hubo un acuerdo verbal, ya que el contrato puede ser verbal, siendo que se puede pactar un contrato laboral, de prestación de servicios, civiles o comerciales, según el acuerdo entre las partes, siendo que en este caso hubo contrato de arrendamiento, tal y como se dijo desde el comienzo, por el cual se arrendo un bien mueble conforme lo permite el Código Civil y que no produce efectos laborales, siendo que la carga de la prueba si la cumplimos considerando las mismas declaraciones del demandante, donde expresó que no hay contraprestación, no hay subordinación, él establecía los tiempos en que debía prestar el servicio desde 2004 y realizó los aportes a seguridad social de forma particular y quien indicó en su interrogatorio que era una obligación desde 2014, conforme lo establece la norma, entonces la decisión del Despacho de condenar a esta clase de actos no es procedente. Vuelvo a manifestar que no existió, la prestación del servicio de una manera concreta y clara hacia el presunto empleador, porque para él prestar el servicio debía presentar una serie de documentos personales de él para hacer uso del vehículo, a través de la empresa TAXI MIO. La presunción,

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado principal del **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia porque se demostraron los 3 elementos esenciales del contrato de trabajo y se definieron las condenas conforme derecho. Por su parte, el apoderado principal de la **DEMANDADA** solicitó revocar la sentencia, por cuanto se ratificó en los argumentos expuestos en el recurso de apelación, señalando que entre las partes existió un contrato de arrendamiento, tal y como se acreditó con las pruebas acreditadas.

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 existió un contrato de trabajo entre las partes con ocasión de la presunta labor de conductor de taxi, o establecer si por el contrario existió un contrato de arriendo de bien mueble, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

que no se admite y se desvirtuó porque no se necesita que el contrato este por escrito para demostrarlo, siendo que si se demostró la mala fe y mala intención, el deseo de aprovecharse de la buena fe del empleador para obtener unos dividendos que a buen recaudo tiene hoy sin merecerlo. Conforme la contestación de la demanda, con sus fundamentos y pruebas y teniendo en cuenta los elementos esenciales del contrato de trabajo, no se puede establecer que exista una relación. En la sentencia 15678 dice que los horarios y la realización de trabajos en las instalaciones de la empresa no significan per se una dependencia y subordinación, porque la subordinación típica de la relación de trabajo no se configura automáticamente porque desde el inicio o en un determinado momento los contratantes convenga un horario de prestación de servicio o su realización en las instalaciones del beneficiario, porque si bien ello es indicio de subordinación laboral, tal estipulación no es exótica ni extraña a negocios jurídicos diferentes a los del trabajo. También manifesté que la CSJ indica que uno de los elementos esenciales para la constitución del contrato de trabajo es la subordinación y aquí no la hubo, no hubo ordenes, porque si bien comercialmente el arriendo estableció un término para que el arrendatario produjera los frutos, lo que demostró el mismo que no había una camisa de fuerza, porque todos tenemos derecho a buscar formas de ingreso, de manera legal, por tanto, presento apelación ante la decisión tomada en el día de hoy, teniendo en cuenta y reiterando que se trata de un contrato de arrendamiento, donde no existió salario, subordinación y donde la prestación del servicio, que se dio de esa manera y que no había otra manera en que pudiera darse para la explotación del bien mueble y que de rendimientos sin que lo haga la misma persona. En esos términos dejo presentada la apelación, reiterando que no existieron los elementos esenciales del contrato para reconocer el derecho que hoy se le ha dado a una persona que obró de mala fe, con artimañas para obtener dividendos no merecidos. Muchas gracias.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no existen hechos fuera de controversia, por cuanto la demandada no aceptó ninguno de los hechos de la demanda.

- **Sobre la figura del contrato de trabajo y acerca del principio de primacía de la realidad sobre las formas jurídicas y el contrato realidad.**

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 CST, señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 CST, establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Conforme las precitadas normas, en un contrato de trabajo una persona natural se obliga a presta su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua subordinación, quien a cambio le paga un salario, extremo contractual que corresponde al empleador. Por lo anterior, será empleador quien ejerza la facultad de subordinación sobre el trabajador, al poderle exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos.

En cuanto el aspecto probatorio, el artículo 24 CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber: remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la

declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, entre otras.

No son pocos los conflictos en los cuales se controvierte la naturaleza de un contrato o relación para que se declare que su real naturaleza es laboral, en especial respecto de los contratos de prestación de servicios personales. Sobre el tema, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha señalado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de manera autónoma e independiente, sin que la generación de instrucciones para el desarrollo de actividades, coordinación de horarios, solicitud de informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia, impliquen necesariamente la subordinación propia del contrato de trabajo, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019 y SL4143 de 2019

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo del 30 de abril de 2004 al 1º de septiembre de 2017 y condenó al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte y aportes a pensión, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

El apoderado de la **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que no se configuraron los elementos esenciales del contrato de trabajo, por cuanto entre las partes existió un contrato verbal de arrendamiento, conforme se demostró con las pruebas practicadas, incluido el interrogatorio de parte del demandante.

Pasa el Despacho a resolver el recurso de apelación, siendo relevante indicar que conforme los antecedentes normativos expuestos, el artículo 22 CST define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a presta su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua dependencia o subordinación, a cambio de un salario; por su parte, el artículo 23 CST consagró los elementos esenciales de este contrato, a saber, la actividad personal, la continua subordinación y un salario.

Por su parte, el artículo 24 CST estableció la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo, por tanto, al promotor del proceso le basta con demostrar la prestación del servicio personal para beneficiarse de la presunción, debiendo la contraparte desvirtuar la misma demostrando que no se cumplen los elementos del contrato de trabajo. Lo anterior materializa el principio de realidad sobre las formas en el ámbito laboral y de la seguridad social, consagrado en el artículo 53 constitucional.

En el presente asunto, llama la atención que se encuentra plenamente acreditado que el demandante prestó su servicio personal como conductor de los vehículos taxi de propiedad de la demandante, tal y como reconoció expresamente el extremo pasivo en su interrogatorio, en el cual confesó que el demandante, a lo largo de la relación contractual, condujo los 3 taxis de su propiedad, por cuanto en 2004 manejó el vehículo Chevrolet Chevette, que vendió a los 6 meses, siendo reemplazado por un Daewoo Cielo placas SHL106, que chatarrizo en 2010, siendo reemplazado por un Hyundai Atos modelo 2011 placas SWR330.

Así las cosas, acreditada la prestación personal del servicio como conductor de los vehículos taxi de la demandada, lo cual le permite beneficiarse de la presunción de existencia del contrato de trabajo conforme el artículo 24 CST, debiendo la pasiva desvirtuar la misma al demostrar que no se configuraron los restantes elementos esenciales del contrato de trabajo.

Resultan relevantes las manifestaciones que efectuó el demandante en su interrogatorio, en el cual manifestó que tenía un horario para realizar prestar su servicio personal como conductor, de las 6am a 6pm, manifestando expresamente que el pacto entre las partes era recoger el vehículo y dejarlo en la puerta de la casa de la demandante y el pago, por parte del demandante, de una cuota diaria a la propietaria del automotor, así mismo, señaló el demandante que en los días en los cuales no se movilizaba el vehículo no realizaba ninguna labor, a la vez que afirmó que en caso de fallas del vehículo, debía reportar la situación a la demandante, quien el indicaba el taller a donde debía hacer llegar el carro, doliéndose en manifestar que todos los mantenimientos se realizaron dentro del horario en el cual manejaba el vehículo.

Del análisis de la anterior prueba, se puede inferir razonablemente que entre las partes existió un contrato por el cual al demandante se le entregó la tenencia y posesión de los vehículos de propiedad de la demandada, en un horario de 6am a 6pm, para que fueran conducidos por éste, quien a cambio pagaba a la demandada una cuota diaria como contraprestación por el uso y goce del vehículo.

Así las cosas, el propio dicho del demandante se configura en una confesión, por cuanto reúne los requisitos señalados en el artículo 191 CGP, aplicable a nuestra especialidad en virtud del artículo 145 CPTSS, por cuanto de la misma se puede inferir, de forma razonable, que en virtud del acuerdo entre las partes se le permitió el uso y goce de los vehículos de la demandada dentro del horario acordado, sin que la propietaria impusiera el cumplimiento de ordenes relativas al modo, tiempo o cantidad de trabajo o le impusiera reglamentos, por cuanto se limitó a intervenir en los eventos de falla del vehículo a fin de indicarle al demandante el taller a donde dirigirse a fin de realizar las correspondientes reparaciones.

Conforme la posición de la H. CSJ, no son pocos los conflictos en los que se controvierte la naturaleza de una relación a fin de establecer si fue o no de tipo laboral, circunstancia en la cual ha de tenerse presente que la coordinación de horarios no implica

necesariamente la existencia de subordinación laboral, siempre y cuando se acredite autonomía e independencia, tal y como se observa en el presente asunto, en donde la demandada se limitaba a efectuar las reparaciones y mantenimiento del vehículo y a cobrar la cuota diaria pactada como contraprestación por el uso del vehículo, sin que ello se pueda equiparar a instrucciones específicas del modo como debía conducir en el periodo en el cual el demandante tenía el uso y goce del vehículo.

La anterior conclusión no logra ser desvirtuada por la certificación que expidió la demandada, quien abiertamente manifestó que la misma fue solicitada por el demandante en los términos allí redactados, por cuanto es el propio actor de la demanda quien confesó que la demandante se limitó a intervenir en el horario en el cual tenía el uso y goce del vehículo únicamente para efectos de reparaciones o mantenimiento.

De otra parte, si bien el contrato celebrado entre las partes fue verbal, tal circunstancia no implica en modo alguno que necesariamente se deba considerar como un contrato de trabajo, por cuanto los contratos civiles y mercantiles, salvo que se trate negocios solemnes, pueden también celebrarse verbalmente, motivo por el cual el único criterio para establecer si el vínculo tuvo o no naturaleza laboral es determinar si reúne los 3 elementos esenciales del contrato de trabajo, mismos que no se acreditan en el presunto asunto.

Por las anteriores consideraciones, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a la parte demandada de todas las pretensiones interpuestas en su contra.

Costas de primera instancia a cargo del demandante, cuya liquidación deberá ser aprobada por el Juez de primera instancia. Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

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

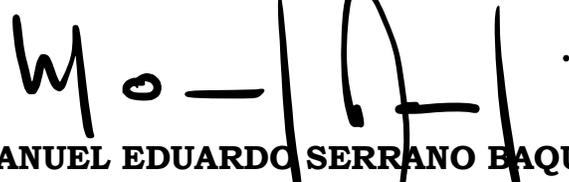
SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada **GLORÍA STELLA TABORDA GARCÍA** de la totalidad de pretensiones en su contra, conforme la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Costas de primera instancia a cargo del demandante **AURELIANO PACHÓN RINCÓN**, cuya liquidación deberá ser aprobada por el Juez de primera instancia. Sin costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS CARAX
Magistrado.

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0193-2020

Radicado N° 23-2019-00185-01

Bogotá, dieciocho (18) 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 **CARLOS ADÁN TARAZONA PARODY**, en contra de la sentencia proferida el 30 de junio de 2020, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a las demandadas de las pretensiones y condenó en costas al demandante (fl. 185, 01:03:13 cd fl. 186).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA (fl. 03 a 10).**

CARLOS ADÁN TARAZONA PARODY solicitó declarar ineficaz o nulo su traslado del RPM al RAIS; en consecuencia, condenar al traslado de los aportes hacia **COLPENSIONES** y a esta a reactivar su afiliación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 02 de marzo de 1961, que se afilió al RPM desde el 05 de junio de 1984 al 30 de abril de 1999, acumulando 527 semanas cotizadas; que el 25 de marzo de 1999 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN**

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 23 de octubre de 2018 radicó un derecho de petición ante su AFP solicitando declarar nulo o ineficaz su traslado de régimen, por el cual se le entregó copia de su formulario de afiliación, historia laboral actualizada y una proyección pensional de que su mesada en el RAIS sería de \$3.019.828 y en el RPM de \$6.425.588, así mismo, el 23 de octubre de 2018 radicó petición ante **COLPENSIONES** por el cual elevó la misma solicitud y su retorno al RPM, lo cual fue negado.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, que se trasladó al RAIS y que negó su solicitud de ineficaz o nulo el mismo. Indicó que no existe prueba que demuestre que la afiliación a la AFP no fuera libre y voluntaria, porque no se acreditó ninguna causal de nulidad y además el actor efectuó aportes por muchos años, quien no cumple los requisitos para su retorno al RPM en cualquier tiempo, sin que el error sobre un punto de derecho vicie el consentimiento. Interpuso las excepciones de obro de lo no debido, validez de la afiliación al RAIS, buena fe, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica (fl. 68 a 75).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó como ciertos los hechos relativos a la edad del demandante, su traslado al RAIS, que radicó derecho de petición el 23 de octubre de 2018 y que efectuó proyección pensional. Indicó que brindó una asesoría completa, comprensible y suficiente sobre los aspectos de ambos regímenes pensionales y las condiciones particulares de cada uno, tras lo cual forma consciente e informada decidió afiliarse, dejando constancia escrita de ello en el formulario de afiliación, sin que para ese momento pudiera efectuarse una proyección pensional

ante la incertidumbre de los futuros aportes y situación personal del demandante, sin que la inconformidad en el monto pensional se pueda equiparar a una causal de nulidad o ineficacia y sin que las actuales obligaciones de doble asesoría y proyección puedan ser aplicadas de forma retroactiva. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara nulo o ineficaz la afiliación por falta de causa y la genérica (fl. 91 a 108).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 185, 01:03:13 cd fl. 186).

El 30 de junio de 2020, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(...) PRIMERO: ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante.

TERCERO: ORDENAR así 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 al demandante. (...)”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar la forma como se realizó el traslado del RPM al RAIS para determinar si procede declarar su ineficacia y considerar que el actor es válidamente afiliado al RPM y la devolución de los aportes.

Para resolver indicó que el derecho a la libre selección de régimen pensional está consagrado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, siendo fundamental el consentimiento libre e informado para ello, siendo que el artículo 1604 CC establece la prueba de la diligencia a cargo de quien debió emplearla, por tanto y conforme la posición de la H. CSJ son las AFP quienes deben acreditar

el cumplimiento diligente del deber de asesoría e información so pena de la ineficacia del traslado. En el presente caso se allegó el formulario de solicitud de afiliación, siendo que para 1999 aun no debía cumplirse tal deber en los términos actualmente exigidos de doble asesoría o realizar una proyección, sin embargo, el demandante confesó que tenía la información básica sobre el RPM al momento del traslado, como edad, promedio sobre el cual se obtiene el IBL y la tasa de reemplazo, mientras que frente al RAIS indicó que la mesada iba a ser similar pero no igual, que había pensión anticipada y que podía ser heredable el saldo y que recibió extractos, sin que se asigne credibilidad al testimonio de Meyer Augusto León, por lo cual concluyó que si recibió información suficiente en los términos exigidos en 1999 sobre las características de los regímenes pensionales, por tanto absolvió de las pretensiones

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El demandante **CARLOS ADÁN TARAZONA PARODY** solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que la libertad de selección de régimen se garantiza si de forma previa se brinda información clara, veraz y suficiente sobre las consecuencias de ello, a fin de que la selección se efectúe considerando las ventajas y desventajas, sin que el solo formulario acredite el cumplimiento de dicho deber, siendo que la información previa sobre el RPM que indicó el demandante no se la brindó el asesor, quien le indicó que la pensión en el RAIS iba a ser igual, sin que se demostrara que hubiera explicado la forma de liquidación de la misma y otros aspectos esenciales de dicho régimen como la existencia de una cuenta individual, el bono pensional, rendimientos, las condiciones para acceder a la pensión de información, sin que se cumpliera con dicha asesoría con posterioridad al traslado, por tanto, procede acceder a las pretensiones (01:04:02 cd fl. 186).

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 revocar la condena y acceder a las pretensiones, por cuanto indicó que la AFP no cumplió con su deber de información y asesoría, sin que el fondo acreditara el cumplimiento diligente de tal obligación, deber que estaba vigente desde la creación de las AFP, sin que hubiera existido confesión del demandante. La apoderada sustituta de la demandada **COLPENSIONES** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto no se acreditó vicio del consentimiento ya que el demandante no tenía ninguna expectativa legítima al momento del traslado, quien no cumplió sus deberes como consumidor financiero ni puede alegar la ignorancia de la Ley a su favor, además confesó conocer características de ambos regímenes pensionales y quien manifestó que su única inconformidad es el monto pensional, además, esta cobijado por la restricción de traslado por edad y permitir su traslado afectaría la sostenibilidad financiera del RPM. Por su parte, la demandada **PROTECCIÓN S.A.** otorgó poder especial a la Dra. Olga Bibiana Hernández Téllez, identificada con C.C. 52.532.969 y T.P. 228.020 del C.S.J., quien se reconoce como apoderada principal de dicha demandada, quien indicó que efectuó la afiliación de buena fe y conforme derecho, sin que el demandante manifestara su deseo de retornar al RPM, quien no cumplió con sus deberes como consumidor financiero, de forma subsidiaria solicitó no condenar a la devolución de gastos de administración, por cuanto los mismos tienen causa legal, se encuentran consagrados en ambos regímenes y remuneran la gestión profesional del fondo que generó amplios rendimientos, por lo que ordenar su devolución es un enriquecimiento sin justa causa, siendo que el artículo 1746 CC habla del reconocimiento de frutos y mejoras en las restituciones mutuas, más aun cuando en el derecho social aplica la teoría de las prestaciones acaecidas, al punto que mediante el concepto del 17 de enero de 2020 la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA indicó que en caso de nulidad o ineficacia del traslado no procede la devolución de dichas gastos ni de las pólizas previsionales.

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 **CARLOS ADÁN TARAZONA PARODY** nació el 02 de marzo de 1961 (fl. 11); **ii)** el demandante estuvo afiliado al extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 05 de junio de 1984 al 30 de abril de 1999, acumulando 527 semanas conforme su historia laboral (fl. 12); **iii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 25 de marzo de 1999 (fl. 147), el cual se hizo efectivo desde el 1° de mayo de 1999 (fl. 123), AFP a donde permanece vinculado y en donde acumuló 1.555 semanas cotizadas a junio de 2019 (fl. 125).

- 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 absolvió a las demandadas de las pretensiones y condenó 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 la libertad de selección de régimen depende del cumplimiento de la obligación de información y asesoría, siendo que el conocimiento sobre el RPM del demandante no fue por actividad del asesor, quien se limitó a indicarle que la pensión en el RAIS iba a ser igual, sin explicar su liquidación ni otros aspectos esenciales de dicho régimen, deber cuyo cumplimiento no se acreditó tampoco con posterioridad al traslado, por lo cual solicitó acceder a las pretensiones.

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 25 de marzo de 1999 (fl. 147), 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 la AFP no demostró el cumplimiento diligente de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Ahora bien, el hecho de que el demandante durante su interrogatorio hubiera manifestado conocer aspectos propios de la liquidación de la pensión de vejez en el RPM y la posibilidad de heredar

los saldos de su CAIP y de acceder a la pensión a una edad anticipada en el RAIS, no puede equipararse a una plena prueba de que la AFP demandada hubiera cumplido su deber de información y asesoría, en los términos exigidos por la jurisprudencia de la H. CSJ, llamando la atención que el propio demandante indicó, de forma expresa, que no se le indicó la forma de cálculo de la pensión en el RAIS ni de los factores que inciden en el monto pensional, en especial su ahorro y rendimientos, ni sobre el bono pensional ni otros esenciales de dicho régimen como la incidencia de la edad de los posible beneficiarios en el valor de la mesada, las diversas modalidades de pensión o el hecho de que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP, entre otros.

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 **PROTECCIÓN 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.**, 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** podrá 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 el 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 **CARLOS ADÁN TARAZONA PARODY**, conforme la parte motiva de esta sentencia. En consecuencia, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del 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: 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 **PROTECCIÓN S.A.** sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia con base en el precedente de la Sala Laboral de la CSJ, al que esa Corporación asignó carácter obligatorio (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

C03-0044-2020

Radicado N° 26-2019-00734-01

Bogotá, dieciocho (18) 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 a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 26 de agosto de 2020, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante, condenó a **COLFONDOS S.A.** a devolver los aportes, sus rendimientos y sin descontar gastos de administración, a **COLPENSIONES** a aceptar el traslado y ajustar su historia laboral, declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de condenar en costas (fl. 106 a 107, 24:21 cd fl. 105).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA 35 a 43).**

GLADYS SUSANA FANDIÑO SALAMANCA solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.**, en consecuencia, ordenar a las demandadas a efectuar el traslado de la demandada al RPM, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 10 de enero de 1961; que se afilió al RPM desde el 1° de junio de 1979, a través del extinto ISS; que el 18 de mayo de 2009 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.**, suscribiendo los documentos ante el Jefe de Departamento Comercial del extinto ISS, en donde manifestó expresamente que su intereses era seguir con su régimen de transición de la Ley 100 de 1993, siendo su voluntad trasladarse únicamente en cesantías. Señaló que el 25 de mayo de 2012 presentó derecho de petición solicitando el traslado de régimen al RPM, de donde nunca quiso trasladarse, a la vez que cumplía con 17 años cotizados a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, siendo obligada a interponer acción de tutela, obteniendo fallo favorable que ordenó a **COLPENSIONES** resolver la petición y a **COLFONDOS** informar el estado de su afiliación, ordenes que no cumplieron las accionadas.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, que presentó solicitud de retornó al RPM y también acción de tutela. Indicó que la afiliación al RAIS es válida porque la demandante no acreditó ninguna causal de nulidad, que en el hipotético caso de haber existido se saneó con el tiempo, sin que cumpla los requisitos para su retornó al RPM en cualquier tiempo y además esta incurso en la restricción para ello por edad. Interpuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica (fl. 68 a 72).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y la acción de tutela. Indicó que la demandante al 1° de abril de 1994 solo contaba con 712,57 semanas cotizadas al RPM, por lo cual no puede solicitar su retornó a dicho régimen en cualquier tiempo, quien de forma libre y voluntaria suscribió formulario de afiliación. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación (fl. 90 a 94).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 106 a 107, 24:21 cd fl. 105).

El 26 de agosto de 2020, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(...) PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante al Régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir de octubre de 1996.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante.

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

QUINTO: Sin costas en esta instancia. (...)”

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si hay o no lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado del RPM al RAIS y si procede o no devolver los aportes al RPM y demás pretensiones.

Para resolver indicó que la demandante manifestó que su deseo fue afiliarse solo en cesantías a la AFP demandada, pese lo cual fue trasladada de régimen pensional y que por tanto no existió asesoría ni gestión previa alguna por parte del Fondo, siendo que la H. CSJ ha indicado que la falta de prueba del cumplimiento diligente por parte de la AFP de su obligación de asesoría e información genera la ineficacia del traslado, por cuanto no existe decisión libre si no es informada, sin que el formulario de afiliación por sí solo acredite dicho cumplimiento. Afirmó que se allegó prueba del formulario de afiliación a la AFP suscrito el 10 de octubre de 1996, el cual por sí solo no acredita el deber de información y asesoría, sin que se allegó por la AFP prueba en contrario, Fondo que se allanó a las pretensiones, por

lo cual declaró ineficaz el traslado, ordenó devolver aportes y rendimientos sin descuento por gastos de administración y no condenó en costas.

III. 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., a quien se reconoce como apoderada sustituta, quien solicitó la revisión integral de la sentencia y en caso de que sea contraria a derecho absolver a la Entidad, siendo que las pruebas demuestran que la demandante se afilió a la AFP de forma libre y voluntaria y que ésta le suministró toda la información, clara y precisa, sobre los efectos de dicho traslado, sin que se demuestre vicio del consentimiento, sin que se desvirtúe la mala fe alegada contra la AFP y sin que el deber de asesoría sobre la restricción de traslado por edad impuesto con la Circular 016 de 2016 de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA sea retroactivo, sin que sea aplicable la carga dinámica de la prueba y llamando la atención sobre la afectación financiera al RPM de permitir el retorno de la demandante. Agotado el término de traslado, la apoderada de la **DEMANDANTE** y el apoderado de **COLFONDOS S.A.** se abstuvieron de presentar alegatos.

IV. 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.

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 CPT y SS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.**, cumplió 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 **GLADYS SUSANA FANDIÑO SALAMANCA** nació el 23 de febrero de 1956; **ii)** la demandante estuvo afiliada al extinto ISS hoy **COLPENSIONES**, conforme certificado de vinculaciones SIAFP (fl. 94); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **COLFONDOS S.A.** el 10 de octubre de 1996 (fl. 96), el cual se hizo efectivo desde el 1° de diciembre de 1996 (fl. 95), 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 de la demandante, condenó a **COLFONDOS S.A.** a devolver los aportes, sus rendimientos y sin descontar gastos de administración, a **COLPENSIONES** a aceptar el traslado y ajustar su historia laboral, declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de condenar en costas.

Procede la Sala a resolver 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 **COLFONDOS S.A.** efectuada el 10 de octubre de 1996 (fl. 96), 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.

No desconoce esta Sala que la demandante manifestó como principal reparo el vicio en su consentimiento derivado de que no se le informó que al suscribir el formulario de afiliación a la AFP demandada se estaba trasladando de régimen pensional y no vinculándose en lo que respecta a las cesantías como era su real voluntad, manifestación que no logró ser desvirtuada por la AFP demandada, quien solo allegó como prueba el formulario de afiliación, el cual por sí solo no acredita el cumplimiento diligente del deber de información y asesoría conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, siendo relevante indicar que **COLFONDOS S.A.** se allanó a las pretensiones en la audiencia celebrada el 26 de agosto de 2020.

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 **COLFONDOS 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, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **COLFONDOS 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 sexto 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.

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia con base en el precedente de la Sala Laboral de la CSJ, al que esa Corporación asignó carácter obligatorio (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0207-2020

Radicado N° 30 2019 00120 01

Bogotá dieciocho (18) 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 las AFP **PROTECCIÓN** y **COLFONDOS** y el grado jurisdiccional de consulta concedido a **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 7 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta (30) 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 a COLPENSIONES todos los valores recibidos por la afiliación de la demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ELIZABETH TOVAR ROA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**

PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION 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 1° de abril de 1961; que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1° de junio de 1977 hasta el 31 de diciembre de 1996 para un total de 645.71 semanas; que el 5 de diciembre de 1996, se trasladó al RAIS administrado por PROTECCIÓN; que no le dieron información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado, ni de las condiciones pensionales reales que podía ofrecerle el fondo, que tampoco le informaron que tenía la posibilidad de regresar al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión; que el 14 de junio de 2000, se trasladó a la AFP COLFONDOS, entidad que tampoco le brindó información sobre las implicaciones de permanecer en el RAIS. Informa que el 30 de noviembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES la anulación de traslado de régimen pensional y afiliación al RPM y ésta 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 solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe (fls. 55 a 63).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso la de validez de la

afiliación a COLFONDOS, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción (fls. 82 a 87).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, el traslado de régimen y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso la de inexistencia del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante en la AFP PROTECCIÓN, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de perjuicio, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y prescripción (fls. 108 a 115).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 7 de julio 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 tener como afiliada del RPM a la demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora ELIZABETH TOVAR ROA del ISS hoy COLPENSIONES a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., que se hizo mediante la suscripción del formulario N° 468744 de fecha 5 de diciembre de 1996 con efectividad a partir del 1° de febrero de 1997, conforme a lo expuesto. **SEGUNDO: DECLARESE** válidamente vinculado a la demandante ELIZABETH TOVAR ROA al régimen de prima media con

*prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, conforme a lo expuesto. **TERCERO: CONDENESE** a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen es decir desde el 1° de agosto de 2000 y hasta el momento que el traslado se cumpla, estos últimos los cuales deben ser cubiertos con recursos propios patrimonio de la administradora debidamente indexados, conforme lo expuesto. **CUARTO: CONDENESE** a la AFP PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicha administradora es decir desde el 1° de febrero de 1997 a 31 de julio de 2000, los cuales deben ser cubiertos con los recursos propios del patrimonio de la administradora, debidamente indexados. **QUINTO: ORDENESE** a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora ELIZABETH TOVAR ROA, actualice la información de su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPM con prestación definida. **SEXTO: DECLARENSE** no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto. **SEPTIMO: CONDENESE** en costas de esta instancia a la AFP PROTECCIÓN y a COLFONDOS. Practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$3.148.000 a cargo de cada uno de los fondos demandados. **OCTAVO: Sin costas ni a favor ni en contra de COLPENSIONES. NOVENO: Concédase el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES***".

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que en el presente asunto, las AFP demandadas tenían la carga de probar el cumplimiento de la obligación 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 PROTECCION pide que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración. Aduce que en el momento en que la demandante se trasladó de AFP realizó el traslado de los dineros que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la demandante sin que exista saldo alguno a su favor. Dice que los gastos de administración corresponden a la labor desempeñada por el fondo durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada y que gracias a esta gestión su cuenta generó unos rendimientos, por lo que la devolución de estos gastos constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de la actora.

La apoderada de COLFONDOS presentó recurso de apelación para que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente esta devolución en cuanto la demandante se benefició de la gestión realizada por la entidad por los rendimientos que recibió en su cuenta de ahorro individual, que de retrotraerse las cosas al estado anterior como lo determinó el juez de primera instancia, también debería tenerse en cuenta que la demandante se está apropiando de un dinero que no le pertenece. Pide además que se disminuya el valor de las costas que fueron fijadas, pues son excesivos comparados con la gestión de la parte demandante.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del demandante presentó alegaciones. Solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto se dan los presupuestos definidos en la jurisprudencia para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

La apoderada de COLPENSIONES presentó sus alegatos, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia con

fundamento en que no se probó la existencia de vicio en el consentimiento alguno para que proceda la nulidad reclamada.

Por su parte la apoderada de la AFP PROTECCION reitera en sus alegatos los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en 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 DAVIVIR hoy 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 la demandante nació el 1° de abril de 1961 (fl. 2); **ii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1° de junio de 1977 hasta el 31 de diciembre de 1996 (fl. 7); **iii)** que el 5 de diciembre de 1996 se trasladó al RAIS administrado por DAVIVIR hoy PROTECCIÓN (fl. 8); **iv)** que el 14 de junio de 2000 se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 89); **v)** que el 30 de noviembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES la anulación del traslado de régimen pensional y afiliación al RPM (fl. 15).

- **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 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 ELIZABETH TOVAR ROA se trasladó a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN el 5 de diciembre 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 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.

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

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando 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 del 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). Como el juez de primera instancia así lo definió respecto de los dos fondos en que estuvo afiliada la demandante, 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

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia con base en el precedente de la Sala Laboral de la CSJ, al que esa Corporación asignó carácter obligatorio (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0211-2020

Radicado N° 32 2019 00006 01

Bogotá dieciocho (18) 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 3 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARIA ALDA LIBIA ZAMPORA URIBE, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la entidad demandada al pago de la indexación del retroactivo pensional, intereses moratorios, incrementos pensionales por persona a cargo y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 21 de septiembre de 1954; que cumplió 55 años de edad el 21 de septiembre de 2009; que el 15 de marzo de 2010, solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez; que mediante Resolución N° 043396 del 23 de noviembre de 2011, COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión; que mediante Resolución GNR 246849 del 3 de octubre de 2013, la demandada dio cumplimiento a la decisión judicial que ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez, que por la demora en el pago de la pensión la entidad debe pagar los intereses de mora correspondientes, que el 20 de abril de 2018 solicitó el reconocimiento de este estipendio y la entidad mediante Resolución SUB 119658 del 4 de mayo de 2018 resolvió de manera desfavorable la 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, los actos administrativos expedidos y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Como excepciones propuso las de buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia de los intereses moratorios, inexistencia del derecho reclamado y compensación (fls. 34 a 39).

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

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de cosa juzgada, prescripción e inexistencia del derecho reclamado, conforme a las consideraciones expuestas. **SEGUNDO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. **TERCERO:**

CONDENAR en costas a la demandante y a favor de la demandada. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$300.000. **CUARTO:** En caso de no ser apelada por ser totalmente desfavorable a la demandante remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta”.

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios reclamados por la demandante. Para resolverlo indicó que mediante sentencia judicial se reconoció pensión de vejez al demandante bajo el amparo de la Ley 71 de 1988. Dijo que en dicha sentencia se discutió la procedencia del reconocimiento de los intereses moratorios y se negaron, por lo que no es procedente estudiar esta pretensión en cuanto operó la cosa juzgada. Sobre la indexación solicitada de manera subsidiaria, dijo que no es procedente en cuanto operó la excepción de prescripción, pues el retroactivo pensional se canceló a la demandante el 15 de noviembre de 2013 y ésta solo reclamó el 20 de abril de 2018, cuando ya había transcurrido el término trienal. Frente a la mesada 14 dijo que ésta había sido reconocida en la sentencia y de acuerdo a lo probado en el proceso la entidad viene reconociendo dicho derecho. Finalmente sobre el incremento pensional del 14% advirtió que según lo definido en la sentencia SU 140 de 2019 éstos no se encuentran vigentes y por ello no es procedente su reconocimiento.

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 confirme la decisión de primera instancia en cuanto negó las pretensiones de la demanda, pues los incrementos reclamados no se encuentran vigentes y sobre los demás derechos reclamados no procede su reconocimiento en cuanto fueron debatidos en proceso anterior.

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

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia fue adversa a la parte 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 SS, procede a estudiar en consulta el proceso de la referencia.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si operó la excepción de cosa juzgada frente a los intereses moratorios; si operó la excepción de prescripción sobre la indexación y si es procedente el reconocimiento de la mesada 14 y el incremento pensional del 14%.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante Resolución GNR 246849 del 3 de octubre de 2013 COLPENSIONES reconoció una pensión de vejez a la demandante a partir del 21 de septiembre de 2009, en cuantía inicial de \$669.758 bajo las reglas de la Ley 71 de 1988 (fl. 10 a 16); **ii)** que mediante Resolución GNR 175203 del 17 de junio de 2016, COLPENSIONES negó la solicitud de cumplimiento de la sentencia emitida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de mayo de 2013, en cuanto dio

cumplimiento a esta orden en la Resolución GNR 246849 de octubre de 2013 (fl. 17).

- Sobre la Excepción de Cosa Juzgada.

El artículo 303 del CGP asigna el efecto de cosa juzgada a las decisiones que se han pronunciado sobre el mismo objeto (frente a iguales pretensiones), por los mismos hechos (la misma causa), cuando existe identidad jurídica entre las partes. Esta figura, fue instituida con el fin de evitar la adopción de decisiones judiciales que implicarían una nueva revisión de asuntos ya resueltos de fondo por la jurisdicción.

Teniendo en cuenta el anterior referente normativo y una vez revisado el expediente, la Sala concluye que en el presente asunto operó la excepción de cosa juzgada, pues el proceso ordinario laboral radicado bajo el N° 2013-350 y tramitado en el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá resolvió la controversia referida a los intereses moratorios que se reclaman en este proceso.

En efecto, de la revisión de la demanda que dio origen a esta controversia y la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, se advierte la identidad de objeto, causa y partes entre este proceso y el tramitado en el juzgado referido. La controversia que zanjó el Juez Décimo Laboral del Circuito de Bogotá se centró en definir el derecho a la pensión de vejez de la aquí demandante y si había lugar al reconocimiento de los intereses moratorios (fls. 3 y CD. 2 expediente administrativo). Estos hechos y pretensiones resultan ser los mismos que hoy pone bajo consideración de esta jurisdicción la demandante, quien solicita específicamente el reconocimiento de los intereses moratorios.

En este orden de ideas cualquier oposición a la decisión que se adoptó en el proceso inicial se debió tramitar en ese expediente mediante los recursos que la Ley otorga a las partes. Lo que

ciertamente no procedía era instaurar una nueva demanda para el estudio de un asunto que fue decidido con base en las normas y la jurisprudencia vigentes en su momento y por ello se confirmará la decisión de primera instancia que llegó a la misma conclusión sobre este punto.

- **Sobre la Prescripción.**

Para resolver el problema jurídico planteado los artículos 488 del CST y 151 del CPT definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se hayan hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez esto ocurre frente a cada mesada. Dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Así las cosas, se advierte que la entidad demandada pagó el retroactivo pensional ordenado por sentencia judicial mediante Resolución GNR 246849 del 3 de octubre de 2013, por ello si la demandante pretendía el reconocimiento de la indexación sobre estos valores debía presentar la demanda antes de que transcurriera el término trienal previsto en la norma citada. Como la demanda se presentó el 18 de diciembre de 2018 (fl. 30), cuando ya habían transcurrido tres años, operó la excepción de prescripción sobre la indexación reclamada, tal como lo definió el juez de primera instancia.

Ahora bien, también solicitó la demandante el reconocimiento y pago de la mesada 14, no obstante, revisada la certificación expedida por COLPENSIONES y aportada a folios 58 y 59 del expediente, se advierte que la entidad viene pagando dicha mesada 14 a la demandante desde el momento del reconocimiento de la pensión por lo que carece de objeto esta pretensión.

- Sobre el Incremento Pensional del 14%

Para resolver este último aspecto de 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 esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0189-2020

Radicado N° 35-2019-00646-01

Bogotá, dieciocho (18) 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 **ANA CECILIA RODRÍGUEZ SALAZAR**, en contra de la sentencia proferida el 21 de agosto de 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a la demandada de las pretensiones y condenó en costas a la parte demandante.

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA.**

ANA CECILIA RODRÍGUEZ SALAZAR solicitó condenar a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, causados del 08 de diciembre de 2013 al 15 de mayo de 2015, condenas ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico indicó que su cónyuge **DARÍO QUINTERO ARISTIZÁBAL** (q.e.p.d.) nació el 02 de octubre de 1947, quien cotizó más de 2100 semanas al extinto ISS hasta octubre de 2007 y quien solicitó su pensión de vejez el 12 de octubre de 2007, la

cual se le reconoció con la Resolución 011247 del 24 de marzo de 2009 a partir del 1° de abril de 2009 en cuantía inicial de \$3.094.127 y tasa de reemplazo del 76,43%, contra la cual interpuso recursos, siendo resuelto el de reposición con la Resolución 006532 del 08 de marzo de 2010, la cual modificó la cuantía inicial a \$4.500.560 porque aumentó la tasa al 90%, siendo luego confirmada con la Resolución 02873 del 14 de julio de 2010, pero la Entidad no pagó el retroactivo causado del 1° de noviembre de 2007 al 30 de marzo de 2009, el cual reclamó el causante el 07 de febrero de 2011, petición que se rechazó con la Resolución 020430 del 16 de junio de 2011, por tanto demandó y el 07 de febrero de 2012 el JUZGADO 13 LABORAL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. condenó al pago del retroactivo indexado y costas, ante lo cual se profirió la Resolución GNR 298238 del 12 de noviembre de 2013. Afirmó que el causante falleció el 08 de diciembre de 2013 y por ello el 10 de enero de 2014 la demandante reclamó la pensión de sobrevivientes, solicitud que negó **COLPENSIONES** con la Resolución GNR 275326 del 04 de agosto de 2014 por falta de convivencia, contra lo cual interpuso el recurso de reposición, por tanto, con la Resolución GNR 79291 del 16 de marzo de 2015 se revocó el acto recurrido y en su lugar se reconoció la pensión desde el 08 de diciembre de 2013, pero no se reconoció el retroactivo que se ordenó en la Resolución GNR 298238 del 12 de noviembre de 2013, cuyo pago e intereses moratorios solicitó la demandante el 22 de enero de 2016, petición que reiteró el 18 de junio de 2016, la cual se negó con la Resolución GNR 187994 del 24 de junio de 2016, por tanto interpuso recurso de apelación el 25 de julio de 2016, el cual se negó con la Resolución VPB 34453 del 02 de septiembre de 2016, no obstante, con la Resolución DIR 16759 del 29 de septiembre de 2017, la Entidad reconoció el pago pero solo de las mesadas, por tanto, demandó los intereses, proceso que con radicado 29-2017-00672, siendo negadas las pretensiones en primera y segunda instancia, sin que ello implique cosa juzgada porque en la actual demandada pide los intereses moratorios pero causados solo por su pensión de sobrevivientes, mientras que en la anterior demanda se solicitó dicho concepto de las mesadas adeudas al causante.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a los derechos pensionales del causante y que fue condenada a pagar la pensión de vejez desde el 1° de noviembre de 2007, así como el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante, el pago de las mesadas atrasadas al causante mediante Resolución VPB del 02 de septiembre de 2016. Indicó que los intereses moratorios solo proceden por mora en el pago de mesadas ya reconocidas, siendo que entre dicho reconocimiento se efectuó en 2015, por lo cual no se generaron los intereses reclamados entre el 08 de diciembre de 2013 y el 14 de mayo de 2015. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación, reajuste, intereses moratorios ni indemnización moratoria e improcedencia al pago de costas de administradoras de seguridad social públicas y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El 21 de agosto de 2020, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la demandada Colpensiones de las pretensiones impetradas en su contra por la demandante señora ANA CECILIA RODRÍGUEZ SALAZAR por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$500.000, suma que se ordena incluir en la respectiva liquidación de costas.

TERCERO: En caso de no ser apelada la presente providencia se remitirá al Tribunal Superior de Bogotá para que surta el grado jurisdiccional de Consulta. (...)”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si le asiste o no derecho a la demandante al pago de los intereses moratorios del 10 de marzo de 2014 hasta el 15 de mayo de 2015 y demás pretensiones.

Para resolver indicó que no existió duda de que la demandante disfruta de pensión de sobrevivientes desde el 08 de diciembre de 2013 en virtud de la Resolución GNR 79291 del 16 de marzo de 2015. Frente a los intereses moratorios, señaló que en la sentencia C-601 de 2000 se afirmó que son un mecanismo de protección frente la mora o incumplimiento tardío del pago de las mesadas, por su parte, la HCS Sala Laboral ha indicado que proceden sin necesidad de hacer juicios de valor sobre el comportamiento de la entidad, ya que no son sanción sino un resarcimiento, siendo que en la sentencia del 12 de diciembre de 2007 Rad. 32003 indicó que la mora inicia cuando vence el término legal para el reconocimiento y respuesta a la solicitud de reconocimiento pensional, posición ampliamente reafirmada. Afirmó que el artículo 1 de la Ley 717 de 2001, señala que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes debe efectuarse a más tardar 2 meses de radicada la solicitud con la correspondiente documentación que acredite el derecho; que si bien, la solicitud se efectuó el 10 de enero de 2014, la Resolución GNR 275326 del 04 de agosto de 2014 dejó en suspenso el reconocimiento porque la demandante omitió las pruebas de la convivencia con el causante, falencia que subsanó en el recurso de reposición y subsidio apelación cuando anexó las declaraciones extrajuicio, momento en el cual **COLPENSIONES** contó con las herramientas para estudiar la solicitud, lo que condujo a que mediante Resolución GNR 79291 del 16 de marzo de 2015 se reconociera la prestación, por tanto, no procede la condena a los intereses conforme la sentencia 2075 de 2020 de la H. CSJ, providencia en la que se señaló que no se causan cuando la actuación de la administradora tiene respaldo normativo o la aplicación minuciosa de la Ley o por existir sería duda por haber controversia de beneficiarios, lo que conlleva a suspender el reconocimiento hasta que la justicia determine a quien corresponde el derecho.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **ANA CECILIA RODRÍGUEZ SALAZAR** solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que se radicó la solicitud de reconocimiento pensional el 10 de enero de 2014, con

todos y cada uno de los requisitos exigidos por la demandada, quien recibió la solicitud a conformidad, causando confianza legítima de que la misma se había presentado en debida forma. De forma subsidiaria indicó que en agosto de 2014, se aportaron las declaraciones extrajuicio, por tanto, desde dicho instante **COLPENSIONES** contaba con los documentos necesarios para resolver la solicitud, sin embargo, solo hasta el 15 de mayo de 2015 reconoció el derecho reclamado¹.

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 revocar la sentencia y acceder a las pretensiones, reafirmando los hechos expresados en la demanda. De otra parte, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Belcy Bautista Fonseca, identificada con CC 1.020.748.898 y T.P. 205.907 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha demandada, quien solicitó confirmar la sentencia, indicando que los intereses moratorios no proceden, conforme los fundamentos de derecho que expuso en su contestación de la demanda.

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.

¹ Su señoría, con el debido respeto interpongo recurso de apelación para que se revoque la decisión hoy apelada con fundamento en que como se acreditó en el expediente, mi mandante el 10 de enero de 2014 radicó solicitud de pensión cumpliendo todos y cada uno de los requisitos exigidos por la entidad demandada, quien no se puede escudar en la falta de unos documentos ya que al momento de ser radicados se recibieron de conformidad y según lo solicitado por ellos. De igual forma, en la peor de las situaciones cuando la mandante allegó en agosto de 2014 las declaraciones extrajuicio exigidas por la demandada, en ese momento cumplió con los requisitos necesarios para la sustitución pensional y teniendo en cuenta que el reconocimiento se hizo solo hasta el 15 de mayo de 2015, los dos meses establecidos en la Ley 717 de 2001 estarían vencidos, por lo mismo tendría derecho en el peor de las situaciones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del mes de octubre de 2014 y hasta el 15 de mayo de 2015 fueron pagados, pero de igual forma, teniendo en cuenta el principio de buena fe y que al momento de la radicación de los documentos para la sustitución cumplió con lo solicitado por la entidad de demandada, tiene derecho al reconocimiento de los mismos desde el 10 de marzo de 2014, fecha en la cual se cumplieron los 2 meses desde la radicación de la sustitución pensional. Por lo anterior, muy respetuosamente solicito al Tribunal Superior de Bogotá revocar la decisión apelada y se acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Muchas gracias.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste o no derecho a la demandante al reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la presunta mora en el reconocimiento de su pensión de sobrevivientes, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **ANA CECILIA RODRÍGUEZ SALAZAR** nació el 11 de junio de 1948; **ii)** el 28 de junio de 1972, la demandante celebró matrimonio con DARÍO QUINTERO ARISTIZÁBAL (q.e.p.d.); **iii)** Mediante Resolución 011247 del 24 de marzo de 2009, modificada con las Resoluciones 006532 del 08 de marzo de 2010 y GNR 298238 del 12 de noviembre de 2013, se le reconoció pensión legal de vejez; **iv)** el causante falleció el 08 de diciembre de 2013; **v)** el 10 de enero de 2014 la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; **vi)** mediante la Resolución GNR 79291 del 16 de marzo de 2015, la demandada reconoció a la demandante la pensión de sobrevivientes a partir del 08 de diciembre de 2013.

- **Acerca del Derecho a los Intereses Moratorios del Artículo 141 de la Ley 100 de 1993.**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 determinó que la mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata dicha Ley, conlleva a que la Entidad correspondiente reconozca y pague al pensionado, además de la prestación, la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento que efectúe el pago.

Sobre el alcance de la precitada figura, recientemente la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ abandonó el criterio jurisprudencia de que el reconocimiento de dichos intereses solo procedía para las prestaciones pensionales reguladas por la Ley 100 de 1993 y excepcionalmente para las pensiones reconocidas bajo el Decreto 758 de 1990 en virtud del régimen de transición, *para en su lugar establecer*

que aplican a todo tipo de pensiones legales reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del actual Sistema General de Pensiones, tal y como estableció en la sentencia SL1681 de 2020.

De otra parte, la H. CSJ ha indicado que sí la falta de reconocimiento de la pensión en sede administrativa no se trata de una medida caprichosa sino que al contrario obedece a causas objetivas, por ejemplo cuando no se acreditan semanas que son declaradas posteriormente en sede judicial, se exime a la entidad del pago de los intereses moratorios por cuanto es posible inferir que dicha administradora se limitó a aplicar de forma razonable la Ley, tal y como señaló nuestro órgano de cierre en las sentencias SL1354 de 2019, SL2314 de 2019, SL2832 de 2019, entre otras.

CASO CONCRETO

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

El apoderado de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que la solicitud de reconocimiento pensional se presentó cumpliendo todos y cada uno de los requisitos exigidos por la demandada; de forma subsidiaria, manifestó que en agosto de 2014 se presentaron las declaraciones extrajuicio que dieron fe de la convivencia con el causante, sin embargo, la pensión solo se pagó desde el 15 de mayo de 2015.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante indicar que conforme con los antecedentes normativos expuestos, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 determinó que la mora en el pago de la mesada pensionales de que trata dicha Ley conlleva al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima vigente al momento en que se efectúe el pago.

Ahora bien, la H. CSJ ha establecido que si la mora en el reconocimiento de la pensión no obedece a una medida caprichosa sino a causas objetivas, no procede la condena al pago de los intereses moratorios siempre y cuando se pueda inferir que la conducta de la administradora lo fue para aplicar de forma razonable la Ley, tal y como se señaló en las sentencias SL1354 de 2019, SL2314 de 2019, SL2832 de 2019, entre otras.

En el presente asunto, no existe controversia alguna sobre la calidad de cónyuge supérstite de la demandante respecto del causante DARÍO QUINTERO ARISTIZÁBAL (q.e.p.d.), quien al momento de su fallecimiento era pensionado por vejez a cargo de **COLPENSIONES**, aspectos que fueron reconocidos expresamente por la demandada y que se soportan con el registro civil de matrimonio y de defunción aportados con la demanda.

La parte demandante se duele en manifestar en su recurso de apelación que el 10 de enero de 2014, presentó solicitud de reconocimiento cumpliendo todos y cada uno de los requisitos exigidos por **COLPENSIONES**, sin embargo, no aportó original o copia de dicha solicitud, lo que impide determinar si en efecto para dicha fecha su petición acreditaba el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

La anterior circunstancia conlleva a que debamos remitirnos al contenido de la Resolución GNR 275326 del 04 de agosto de 2014, en la cual la demandada manifestó que la solicitud de reconocimiento únicamente fue acompañada con los documentos de identidad del causante y la demandante, el registro civil de nacimiento de la demandante, el registro civil de matrimonio y el registro civil de defunción, documentos que por sí solos no acreditan el requisitos de convivencia por un término de al menos 5 años exigido para la causación del derecho pensional reclamado, lo que permite concluir que la decisión de suspender el estudio de la petición hasta tanto no se allegaran las pruebas de la convivencia fue una medida derivada de la aplicación razonable de la Ley por parte de la Administradora.

Sin perjuicio de lo anterior, el 19 de agosto de 2014, la demandante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la precitada Resolución, los cuales acompañó con declaraciones extrajudiciales relativas a la convivencia y dependencia económica con el causante, lo que condujo a que fuera proferida la Resolución GNR 79291 del 16 de marzo de 2015, en virtud de la cual se reconoció la pensión de sobrevivientes de la demandante, junto con el retroactivo pensional causado desde la fecha de fallecimiento del causante, a partir de mayo de 2015.

Así las cosas, llama la atención de la Sala que desde la fecha en que se radicaron los recursos con las pruebas de la convivencia entre la demandante y el causante, el día 19 de agosto de 2014, y el reconocimiento de la prestación el 16 de marzo de 2015, trascurrieron casi siete (7) meses, a pesar de que el plazo legal para su reconocimiento es de hasta 2 meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 717 de 2001 y tal como ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL3112 de 2020, SL3808 de 2020 y SL4771 de 2020, motivo por el cual se configuró la mora que da origen al pago de los intereses moratorios a partir del 20 de octubre de 2014 y hasta su pago efectivo en mayo de 2015, sin que se hubiera precisado el día en que se efectuó el mismo, por lo cual se presumirá que el mismo fue el 1° de mayo de 2015 toda vez que no se allegó prueba alguna del que mismo hubiera sido efectuado el día 15 de dicho mes como alegó la demandante.

Atendiendo que se dictará condena por los intereses moratorios, de forma previa a su cuantificación la Sala analizará la excepción de prescripción interpuesta por la demandada, por cuanto podría tener efectos en la suma de la condena, siendo que los artículos 488 y 489 CST y el artículo 151 CPTSS establecieron un término trienal de prescripción que se puede interrumpir por una sola vez con el reclamo escrito de un derecho debidamente individualizado, periodo que empieza a contabilizarse desde cuando el derecho se hace exigible.

En el presente asunto, el causante interpuso demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES** a fin de modificar la fecha de

reconocimiento de su pensión de vejez y obtener el pago del retroactivo pensional, cuyo conocimiento correspondió al JUZGADO 13 LABORAL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., quien condenó al pago del retroactivo indexado y costas, por lo cual se emitió la Resolución GNR 298238 del 12 de noviembre de 2013, sin embargo, el demandante falleció el 08 de diciembre de 2013, siendo reconocida la pensión de sobrevivientes a la demandante mediante la Resolución GNR 79291 del 16 de marzo de 2015.

Ahora bien, la demandante el 22 de enero de 2016 solicitó el pago de las mesadas que el causante no disfrutó causadas del 1° de noviembre de 2007 al 30 de marzo de 2009 y los respectivos intereses moratorios, petición que reiteró el 18 de junio de 2016 y en virtud de la cual fueron proferidas las Resoluciones GNR 187994 del 24 de junio de 2016, VPB 34453 del 02 de septiembre de 2016 y DIR 16759 del 29 de septiembre de 2017 y por las cuales presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES**.

Conforme el anterior estudio de las peticiones que presentó la demandante con posterioridad al reconocimiento de su pensión de sobrevivientes, se tiene en ningún momento solicitó el reconocimiento de los intereses moratorios derivados de la mora en el reconocimiento de su pensión de sobrevivientes, por cuanto se limitó a solicitar los causados por la mora en el pago de las mesadas de la pensión de vejez del demandante conforme la fecha de causación que se declaró en proceso judicial.

Así las cosas, ante la inexistencia de reclamación escrita que interrumpiera el termino trienal de prescripción, se que **COLPENSIONES** pago el 1° de mayo de 2015 el retroactivo por la pensión de sobrevivientes a la demandante, interrumpiendo la mora que se generó desde el 20 de octubre de 2014, sin embargo, la demanda fue radicada hasta el 16 de septiembre de 2019, por lo que los intereses moratorios a los que tiene derecho la parte actora están prescritos.

En los anteriores términos se confirmará la sentencia de primera instancia, aclarando que si bien la demandante tiene derecho a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los mismos están prescritos.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia, **ACLARANDO** que el derecho al pago de los intereses moratorios a favor de la demandante **ANA CECILIA RODRÍGUEZ SALAZAR** generados por la mora en el pago de las mesadas por pensión de sobrevivientes entre el 20 de octubre de 2014 y el 1° de mayo de 2015 en que incurrió la demandada **COLPENSIONES** están prescritos, conforme la parte motiva de esta sentencia.

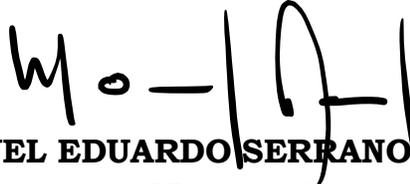
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0190-2020

Radicado N° 36-2018-00535-01

Bogotá, dieciocho (18) 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 PROTECCIÓN S.A.** y el recurso de reposición y grado jurisdiccional de consulta a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 28 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS y condenó a **PROTECCIÓN S.A.** devolver los aportes y rendimientos, sin descuento por gastos de administración o cualquier otro concepto y condenó en costas a dicha AFP.

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA.

NÉSTOR ORLANDO SARMIENTO ROMERO solicitó declarar la nulidad de su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.**, en consecuencia, ordenar a dicha AFP a trasladar sus aportes y rendimientos y a **COLPENSIONES** a reactivar su

afiliación al RPM sin solución de continuidad, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 23 de febrero de 1956; que se afilió al RPM desde el 05 de junio de 1985; que el 24 de junio de 1994, se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.**, sin que dicha AFP brindara información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Afirmó que su mesada en el RAIS sería de \$943.476 y que en el RPM sería de \$3.675.636, por lo cual el 09 de junio de 2017 solicitó a **COLPENSIONES** la nulidad del traslado, quien indicó que no era competente para ello, así mismo, el 16 de junio de 2017 solicitó a la AFP la nulidad de su traslado, quien negó la misma.

- **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, afiliación al RPM y traslado al RAIS del demandante y que le negó su solicitud de nulidad del traslado. Indicó que no se allegó prueba de vicio del consentimiento, causal de nulidad, ineficiencia en la información suministrada ni inconformidad que permita inferir que pretendió retornar al RPM, sin que cumpla los requisitos para su retorno en cualquier tiempo, por lo que permitir ello afecta la sostenibilidad financiera del Sistema. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y la genérica. 157

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 y su traslado al RAIS, y que negó su solicitud de nulidad de este. Indicó que si bien fue otra AFP la que en su momento efectuó la afiliación, cuenta con asesores preparados para suministrar información correcta y veras, sin que cumpla los requisitos para su retorno al RPM en cualquier tiempo, por lo cual esta inmerso en la restricción por edad; en todo caso, señaló

que no procede la devolución de gastos de administración, porque si se ordena ello como restitución mutua la demandante debería devolver los rendimientos, además en el derecho social aplica la teoría e las prestaciones acaecidas, siendo que dichos gastos ya se consumieron para la protección de los riesgos de invalidez y muerte, sin que se acredite mala fe en los términos exigidos por el artículo 964 CC. Interpuso las excepciones de declaración libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración o pólizas del seguro provisional, prescripción y la genérica. 288

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El 28 de julio de 2020, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(…) PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor NÉSTOR ORLANDO SARMIENTO ROMERO, el 1º de julio de 1994, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otro.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A. Liquidense, con la suma de \$600.000 a título de agencias en derecho.

QUINTO: CONSÚLTASE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S. (...)”

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si procede declarar la nulidad del traslado de régimen del RPM al RAIS para establecer la procedencia o no de acceder a las pretensiones.

Para resolver indicó que el demandante se trasladó del RPM al RAIS el 24 de junio de 1994, siendo que la H. CSJ ha determinado que procede la ineficacia del traslado cuando la AFP incumple la obligación de información y asesoría de forma previa al traslado, por cuanto no hay libertad de elección si no se conocen los alcances del traslado, por lo que si la AFP no acredita el cumplimiento diligente de una asesoría informando las características de cada régimen y las consecuencias particulares del traslado. Indicó que pese al cargo del demandante no se puede entender que tiene los conocimientos suficientes sobre el sistema de pensiones, sin que el formulario de afiliación acredite el cumplimiento diligente de la AFP del deber de información y asesoría, por lo cual declaró la ineficacia y ordenó trasladar los valores de la cuenta individual sin descuento por gastos de administración ni ningún otro, ya que la AFP no puede obtener beneficio de un acto ineficaz conforme la H. CSJ y la condenó a costas por cuanto su actuar generó la ineficacia.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** solicitó revocar la condena a devolver los gastos de administración. Señaló que el porcentaje del 3% se encuentra debidamente autorizado por Ley y se utilizó conforme el fin legítimo de amparar contra los riesgos de muerte e invalidez y los gastos administrativos del Fondo, operando en ambos regímenes, por tanto, se generaría un enriquecimiento sin justa causa si se permite al demandante disfrutar los rendimientos sin efectuar el pago de la contraprestación del servicio que dio lugar a ellos y se afectaría el derecho a la igualdad de la AFP.

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Indicó que el precedente jurisprudencial de la H. CSJ no aplica porque el demandante no tenía régimen de transición ni una expectativa legítima al momento de su traslado, siendo que confesó que suscribió de forma libre el formulario de afiliación y que recibió asesoría, sin que para ese entonces fuera exigible el deber de buen consejo o realizar proyección

pensional, a la vez que el nivel profesional del demandante le permitía conocer sus obligaciones como consumidor financiero, por lo que permitir su retorno al RPM pese la restricción por edad desfinancia el sistema y además sí aplica la prescripción. De forma subsidiaria solicitó confirmar la condena a reintegrar los gastos de administración, debidamente indexados.

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 declarar ineficaz o nulo el traslado del RPM al RAIS por cuanto la AFP demandada no acreditó el cumplimiento diligente del deber de información y buen consejo en los términos jurisprudencialmente definidos por la H. CSJ. La apoderada sustituta de la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia, por cuanto a la fecha del traslado no era exigible realizar proyecciones, las cuales eran imposibles por cuanto el derecho pensional estaba en construcción, siendo que el formulario de afiliación se firmó de forma libre, además el demandante confesó conocer características del RIAS, esta incurso en la restricción de retornó por edad, no cumplió sus obligaciones como consumidor financiero, no era un afiliado lego y se configuró la prescripción. La apoderada principal de la demandada **PROTECCIÓN S.A.** solicitó acceder al recurso de apelación, por cuanto los gastos de administración son un gasto legal, e imponer su devolución afecta el derecho de igualdad porque las consecuencias de la nulidad resultan gravosas solo para una de las partes generando el enriquecimiento sin causa del demandante quien sería beneficiario de los rendimientos sin pagar la gestión que permitió los mismos y **COLPENSIONES** también se enriquecería sin causa si no deposita los gastos en la cuenta común.

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 la AFP DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.**, cumplió 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 **NÉSTOR ORLANDO SARMIENTO ROMERO** nació el 23 de febrero de 1956; **ii)** el demandante estuvo afiliada al extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 1° de febrero de 1978 al 19 de noviembre de 1984, acumulando 243,43 semanas conforme su historia laboral; **iii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a la AFP DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 24 de junio de 1994, el cual se hizo efectivo desde el 1° de julio de 1994, AFP a donde permanece vinculado y donde acumuló 1977 semanas cotizadas a septiembre de 2019.

- 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 **PROTECCIÓN S.A.** devolver los aportes y rendimientos, sin descuento por gastos de administración o cualquier otro concepto y condenó en costas a dicha AFP.

La apoderada de la demandada **PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la condena a la devolución de los gastos de administración. Indicó que dichos gastos están autorizados en ambos regímenes pensionales y fueron usados para el fin legítimo de amparar contra riesgos y solventar los gastos del fondo, por lo que ordenar su devolución y al tiempo permitir que los rendimientos sean disfrutados por el demandante es un enriquecimiento sin justa causa y vulnera el derecho de igualdad de la AFP.

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que no es aplicable el precedente de la H. CSJ porque el demandante no tiene régimen de transición ni expectativa legítima, confesó que de

forma libre firmó el formulario de afiliación, en una época en la que el deber de buen consejo o realizar proyecciones no estaba vigente, siendo que su preparación le permitió conocer sus deberes como consumidor financiero, por lo que permitir su retorno al RPM pese la restricción por edad desfinancia el sistema y además hay prescripción. De forma subsidiaria solicitó confirmar la condena a la devolución de gastos de administración.

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 DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** efectuada el 24 de junio de 1994, 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 la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

No desconoce esta Sala que **PROTECCIÓN S.A.** allegó copia de los formatos de verificación de historia laboral para bono pensional suscritos por el demandante y que éste a su vez en su interrogatorio manifestó conocer aspectos del RAIS como la existencia de una cuenta individual y la existencia de rendimientos y que en el RPM existe un fondo común, sin que ello implique prueba contundente de que la AFP brindó una completa asesoría sobre las características, limitaciones y bondades de cada régimen, por cuanto no obra prueba alguna de que se le explicaron aspectos tales como la necesidad de informar la composición y edad de su núcleo familiar por cuanto la expectativa de vida de éstos afectan el monto pensional, las modalidades de pensión en el RAIS, la distribución de los aportes, entre otros aspectos.

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 **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: ADICIONAR el numeral sexto 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.

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia con base en el precedente de la Sala Laboral de la CSJ, al que esa Corporación asignó carácter obligatorio (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras).